131

DZIENNIK URZĘDOWY

MINISTERSTWA SPRAWIEDLIWOŚCI

Rok II. | DZIAŁ NIEURZĘDOWY. | № 4—8

TREŚĆ.

Dr. St. Śliwiński.

KILKA UWAG O UDZIALE OSÓB CYWILNYCH W PRZESTĘPSTWACH WOJSKOWYCH, NA TLE ROZPORZĄDZEŃ, OGŁOSZONYCH W № 59/20 DZ. UST.

Dnia 22 lipca 1920 r. ukazały się w № 59 Dz. U. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 maja 1920 r., dotyczące wprowadzenia w życie na całym obszarze Rzeczypospolitej obowiązującej w b. zaborze austrjackim ustawy wojskowego postępowania karnego dla wspólnej siły zbrojnej z dnia 5 lipca 1912 r. № 130 Dz. U. P. (poz. 368 Dz. U. Rz. P.), tudzież, obowiązującego w b. zaborze pruskim wojskowego kodeksu karnego z dnia 20 czerwca 1872 r. (poz. 369 Dz. U. Rz. P.).

Genezy wspomnianych rozporządzeń szukać należy w ustawach sejmowych z dnia 29 lipca 1919 r. № 65 Dz. Pr. poz. 389, tudzież z dnia 20 stycznia 1920 r. № 6 Dz. U. poz. 39, podstawy zaś prawnej ich mocy obowiązującej — ściśle wziąwszy [1]) w rozporządzeniach Rady Obrony Państwa z dnia 15 lipca 1920 r. № 60 Dz. U. poz. 372 i z dnia 30 lipca 1920 r. № 71 Dz. U. poz. 478.

Jeśli wyłaniające się wątpliwości [2]) rozstrzygniemy w tym duchu, że wspomniane rozporządzenia Rady Ministrów uzyskały aż do dalszych zarzą-

---

[1]) [2]) Przy debatach nad kwestją zatwierdzenia dekretu o wojennych sądach doraźnych (№ 19/19 Dz. Rozkazów Wojskowych) w związku z wnioskiem nagłym posła Zygmunta Seydy i tow. w przedmiocie ustawy o sądach doraźnych, tudzież przy debatach nad ustawą o odpowiedzialności osób wojskowych za przestępstwa z chęci zysku pochodzące (№ 62/19 Dz. Pr.) wyłoniła się w Sejmowej Komisji Prawniczej sprawa mocy obowiązującej rozkazów wojskowych, ogłoszonych jedynie w Dzienniku Rozkazów Wojskowych, zawierających przepisy materjalnego i formalnego prawa karnego wojskowego (zob. druki sejmowe № 690 691, 910). Z uwagi na to, że powyższe rozkazy nie miały formalnych warunków ważności, określonych w dekrecie z 22 listopada 1918 r. № 17 Dz. Pr. poz. 41 o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej (brak uchwały Rady Ministrów, kontrasygnaty i ogłoszenia w Dzienniku Praw) Sejmowa Komisja Prawnicza uznała je za nieobowiązujące i nie nadające się już z tych względów formalnych do konstytucyjnego zatwierdzenia.

Ażeby usunąć niesłychane trudności, wywołane takim stanem rzeczy, a w szczególności ze względu na sprawy załatwione lub w toku będące, rozpatrywane przez sądy wojskowe według przepisów nie posiadających mocy obowiązującej, zdecydowała się Sejmowa Komisja Prawnicza przedstawić Sejmowi do uchwalenia ustawę z dnia 29 lipca 1919 r. № 65 Dz. Pr. poz. 389 o tymczasowem sądownictwie wojskowem, w której, przy równoczesnej legalizacji z mocą wsteczną (art. 6) faktów dokonanych, zlecono Radzie Ministrów prowizoryczne zorganizowanie sądownictwa wojskowego w myśl zasad naszkicowanych we wspomnianej ustawie lipcowej.

Wykonaniem tego mandatu były rozporządzenia Rady Ministrów ogłoszone w № 59/20 Dz. U.

W obecnem położeniu rzeczy przy badaniu mocy obowiązującej wspomnianych rozporządzeń wyłonić się może kwestja, czy przez „wydanie“ (art. 3 i 5) rozumieć należy uchwalenie rozporządzeń wykonawczych, czy też dopiero uchwalenie łącznie z ogłoszeniem w Dzienniku Ustaw składa się na pojęcie „wydania“; w takim razie ze względu na terminy prekluzyjne (art. 5 ustawy lipcowej i art. 1 ustawy styczniowej) rozporządzenia ogłoszone w № 59/20 Dz. U. powinnyby były ukazać się w Dzienniku Ustaw najpóźniej pod datą 12 maja 1920 r., nie zaś pod datą 22 lipca 1920 r.

Ani ustawa lipcowa, ani ustawa styczniowa nie były publikowane na ziemiach b. zaboru pruskiego. Jeśli możnaby się jeszcze spierać o to, czy ustawa lipcowa przez publikację w Dzienniku Praw była tem samem prawnie publikowana w b. zaborze pruskim, to nie może ulegać wątpliwości (ze względu na art. 10 ustawy z 31 lipca 1919 r. № 66 Dz. U. i rozporządzenie Rady Ministrów z 17 maja 1920 r. № 47 Dz. U. poz. 288), że ustawa styczniowa, nie ogłoszona w Dzienniku Urzędowym Ministerstwa b. Dzielnicy Pruskiej, na ziemiach tego zaboru nie uzyskała mocy obowiązującej.

dzeń ustawodawczych prowizoryczną moc obowiązującą i to we wszystkich dzielnicach Rzeczypospolitej, dzieło tymczasowej organizacji sądownictwa wojskowego byłoby dokonane. Jasną jest rzeczą, że wprowadzenie nowych kodyfikacji w zakresie sądownictwa wojskowego nie może nie wywrzeć wpływu na inne działy ustawodawstwa, obowiązującego w państwie, przedewszystkiem zaś na prawo karne powszechne, tak materjalne, jak i formalne; stąd postanowienia ustaw ramowych o współpracy Ministra Spraw Wojskowych z Ministrem Sprawiedliwości (art. 3 ustawy z dnia 29 lipca 1919 r. № 65 Dz. Pr. poz. 389 i art 2 ustawy z dnia 20 stycznia 1920 r. № 6 Dz. U. poz. 39).

Istotnie też w punktach, gdzie styka się wzajemnie ustawodawstwo karno-wojskowe z ustawodawstwem karnem powszechnem, wyłania się szereg ciekawych, nieraz bardzo zawikłanych i spornych pytań, nie tylko z zakresu kompetencji, lecz także na tle wielu innych kwestji prawa materjalnego i formalnego.

Przedmiot niniejszego rozważania t. j. udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych (zbrodniach i występkach wojskowych — par. 1 kod. kar. wojsk.) należy niewątpliwie do najpoważniejszych kwestji, wyłaniających się na tle wzajemnego stosunku ustawodawstwa karnego powszechnego do ustawodawstwa karno-wojskowego. Jak okaże się w dalszym ciągu niniejszego rozważania przepis § 2 kodeksu karnego wojskowego z r. 1872 wywołał szereg pytań spornych na tle udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych; pytania te wyłaniają się na tle udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych wogóle, a nadto na tle udziału w przestępstwach wojskowych takich osób cywilnych, które na zasadzie tytułu trzeciego część II wojsk. kod. kar. lub ustaw specjalnych poddane są materjalnym przepisom karno-wojskowym, wreszcie na tle udziału tych osób cywilnych, które poddane są mocy ustaw sądowo-wojskowych, atoli jedynie pod względem prawa formalnego.

Sprawa udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych odbija się, jak wiadomo, echem w tych postanowieniach ustaw karnych powszechnych, w których ustawodawca przystępuje do uregulowania, zwyczajnie w formie przestępstw sui generis, odpowiedzialności karnej za pewne czyny, przedstawiające się jako udział w przestępstwach wojskowych (nie wyłączając bezskutecznego podżegania do takich przestępstw). W usta-

---

Mimo to jednak należałoby może raczej skłonić się do zapatrywania, że rozporządzenia ogłoszone № 59/20 Dz. U. uzyskały moc obowiązującą i to na całym obszarze Rzeczypospolitej, dzięki temu, że Rada Obrony Państwa, jako organ w danym zakresie zaopatrzony we władzę ustawodawczą, na nowej podstawie prawnej oparła wspomniane rozporządzenia wykonawcze. Skracając bowiem sześciotygodniową „wacatio legis“ i stanowiąc, że rozporządzenia owe zyskują natychmiastową moc obowiązującą (poz 372/20 i 478/20 Dz. U.) Rada Obrony Państwa postanowiła, że rozporządzenia owe stać się mają prawem i to natychmiast, a skoro uczyniła to bez żadnych zastrzeżeń, moc obowiązująca uznaną być może odnośnie do wszystkich przepisów tych rozporządzeń bez względu na to do jakiej dzielnicy ów przepis się odnosi; w ten sposób odpada też sprawa mimowolnego nieuzgodnienia tu i owdzie rozporządzeń wykonawczych z postanowieniem art. 4 ustawy lipcowej o „reformatio in peius“.

Rozporządzenia ogłoszone w № 59/20 Dz. U. nie zostały również przedłożone Sejmowi do zatwierdzenia w myśl art. 5 ustawy z 29 lipca 1919; art. 5 wspomnianej ustawy z nieprzedłożeniem nie łączy atoli skutku uchylającego moc obowiązujących dawnych rozporządzeń.

Sprawa publikacji tekstów nowych ustaw w tych dzielnicach, w którysh owe ustawy dotychczas nie obowiązywały powinna być oceniana według tych samych zasad, co wprowadzenie w życie w b. Królestwie Kongresowem kodeksu Napoleona, francuz. kodeksu handlowego lub kodeksu kar głównych i poprawczych (zob. dodatek VI do art. 168 tegoż kodeksu); praktyka, a naogół i teorja nie kwestjonuje recepcji prawa obcego bez równoczesnej publikacji tekstów recypowanych ustaw (porów. np. Laband: Staatsrecht d. d. Reichs tom. II, str. 56).

wodawstwach dzielnicowych znajdujemy też przepisy tego rodzaju, jak par. 112 niem. kod. kar. (podżeganie żołnierza do nieusłuchania rozkazu przełożonego, lub podżeganie t. zw. osoby stanu urlopowanych do nieusłuchania rozkazu powołującego do służby wojskowej), § 141 tegoż kodeksu (podżeganie lub usiłowanie podżegania do dezercji i pomoc do dezercji), dalej art. 10—12 obowiązującej w b. zaborze rosyjskim ustawy z dnia 20 lutego 1920 r. № 20 Dz. U. poz. 104 w przedmiocie kar za pogwałcenie przepisów, dotyczących powszechnego obowiązku służby wojskowej, wreszcie przepisy § 222 austr. u. k. (uwiedzenie żołnierza do naruszenia obowiązku służby wojskowej i pomoc do zbrodni wojskowej), tudzież przepisy austr. ustawy z dnia 28 czerwca 1890 № 137 Dz. U. P.[1]) o karach za nieusłuchanie rozkazu powołującego do służby wojskowej i uwiedzenie do tego przestępstwa[2]).

Kodeks karny wojskowy z r. 1872 wywołał jednak poważną wątpliwość (przynajmniej ze względu na praktykę Sądu Rzeszy i podzielone głosy teorji) co do tego, czy udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych przedstawiać się może z zasady jedynie jako delictum sui generis, przewidziane w ustawie karnej powszechnej, czy też skonstruować można i należy ogólną zasadę, że osoba cywilna, winna udziału w przestępstwach, przewidzianych w kodeksie karnym wojskowym, odpowiada (przed sądem karnym dla osób cywilnych), według przepisów kodeksu karnego wojskowego, nawet wówczas, gdy dany czyn nie został przez prawo karne powszechne ujęty w formę delictum sui generis. Konsekwencja, wynikająca z przyjęcia zasady ogólnej, że osoba cywilna także poza wypadkami przestępstw sui generis może dopuścić się udziału w przestępstwach wojskowych, prowadzi do uchylenia bezkarności w szeregu wypadkach, w których bezkarność taką zapewnia przyjęcie zasady, że udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych w zasadzie, poza wypadkami delictum sui generis, jest wykluczony; nie mówimy obecnie o osobach cywilnych, poddanych materjalnemu prawu karnemu wojskowemu w myśl tytułu trzeciego części II wojsk. kod. kar. lub innych przepisów specjalnych.

Ilustrując sprawę na przykładzie z § 64 kod. kar. wojsk. (samowolne oddalenie się bez zamiaru trwałego uchylenia się od służby) będziemy musieli rozstrzygnąć pytanie czy dopomaganie sprawcy do przestępstwa z § 64 kod. kar. wojsk. jest po stronie osoby cywilnej czynem karygodnym (jako występek z art. 51 kod. kar. z r. 1903, § 49 niem. kod. kar. i § 5 austr. u. k. w związku z art. 9 rozporządzenia poz. 369/20 Dz. U. i § 64 wojsk. kod. kar.), czy też jest czynem bezkarnym.

Na osobną wzmiankę zasługuje sprawa udziału w przestępstwach, przewidzianych w kodeksie karnym wojskowym, tych osób cywilnych, które z mocy tytułu trzeciego części II kod. kar. wojsk., względnie innych przepisów specjalnych (zob. np. uchylone już rozporządzenie R. O. P. z dnia 6 sierpnia 1920 r. № 75 Dz. U. poz. 511) poddane są przepisom materjalnego prawa karnego wojskowego. Takie osoby cywilne stanowią odrębne grupy; do nich jako sprawców lub współsprawców stosują się z zasady wszystkie postanowienia materjalnego prawa karnego wojskowego, z wyjątkiem tych postanowień, które czy to z mocy wyraźnego postanowienia ustawy, czy z natury rzeczy mają na względzie, jako podmiot przestępstwa, osobę wojskową, zatem albo osobę stanu żołnierskiego, albo urzędnika

---

[1]) Ustawa ta zdaniem naszem przestała obowiązywać z dniem 9 sierpnia 1920 r. (rozporz. Rady Obrony Państwa poz. 478/20) w którym to dniu wprowadzono w życie w b. zaborze austrjackim kodeks karny wojskowy z r. 1872, ze względu na to, że § 64 tegoż kodeksu wstąpił w miejsce §§ 1—5 wspomnianej ustawy.

[2]) Przepis § 6 ustawy z 28 czerwca 1890 r. uchylony w drodze działania refleksowego.

wojskowego (§ 4 kod. kar. wojsk.). Nasuwa się pytanie, jakich przestępstw wojskowych (zbrodni lub występków przewidzianych w kod. kar. wojsk.) dopuścić się może w charakterze sprawcy lub współsprawcy osoba cywilna, poddana przepisom materjalnego prawa wojskowego, następnie, czy dopuścić się może podżegania lub pomocnictwa odnośnie do wojskowych przestępstw innych osób (wojskowych lub cywilnych, poddanych przepisom materjalnego prawa wojskowego); w szczególności, czy może dopuścić się podżegania lub pomocnictwa odnośnie do takich wojskowych przestępstw, których sama nie może dopuścić się w charakterze sprawcy (współsprawcy) ze względu na specyficzne postanowienia danego przepisu, mającego na względzie jako podmiot przestępstwa jedynie osobę wojskową (nigdy cywilną).

Rozważyć wreszcie należy sprawę udziału w przestępstwach wojskowych tych osób cywilnych, które poddano sądownictwu wojskowemu bez równoczesnego poddania tych osób mocy wojskowych ustaw karnych materjalnych.

Sprawę udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych przedstawić należy przedewszystkiem z punktu widzenia poszczególnych ustaw dzielnicowych.

Jurusprudencja niemiecka (o ile chodzi o b. zabór pruski) wskutek długoletniego stosowania kodeksu karnego wojskowego z r. 1872 wypowiedziała się niejednokrotnie w kwestjach będących przedmiotem niniejszego rozważania, tak na polu praktyki, jak i teorji; zarejestrować tam należy dwa rozbieżne poglądy, a mianowicie kierunek pozytywny, reprezentowany przez orzecznictwo Sądu Rzeszy i pewną liczbę teoretyków, tudzież kierunek negatywny, który przez usta niemniej poważnych prawników wykazuje zasadniczo mylne ujęcie sprawy przez Sąd Rzeszy i zwolenników zapatrywania tego Sądu.

W innych dzielnicach, dla braku jakichkolwiek narazie w tej mierze zdań praktyki i teorji wypadnie po raz pierwszy dotknąć wspomnianej materji i ustalić, czy do kwestji udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych stosują się zasady danego ustawodawstwa dzielnicowego o udziale w przestępstwie, czy też przepisy odrębne; zwłaszcza z punktu widzenia oryginalnej konstrukcji prawa rosyjskiego w przedmiocie udziału w t. zw. przestępstwach szczególnych sprawa mogłaby nasunąć wiele ciekawych pytań, gdybyśmy doszli do przekonania, że do udziału w przestępstwach wojskowych stosuje się część 4 art. 51 kod. kar. z r. 1903.

I.

Udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych:

A) w b. zaborze pruskim:

Jak już poprzednio wspomniano, sprawa udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych na tle kodeksu karnego wojskowego z r. 1872 wyłoniła się z natury rzeczy przedewszystkiem na polu ustawodawstwa powszechnego niemieckiego w związku z postanowieniem § 2 tegoż kodeksu wojskowego.

Ustawodawstwo powszechne (kodeks karny z r. 1871) niektóre wypadki udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych ujęło w formę przepisów, przedstawiających się jako przestępstwa sui generis; należą tu przepisy § 112 (podżeganie do nieusłuchania rozkazu przełożonego i do nieusłuchania rozkazu powołującego do służby wojskowej) § 141 (podżeganie do dezercji i pomoc do dezercji). Pozostaje w następstwie do rozstrzygnięcia pytanie, czy poza wypadkami, określającemi istotę przestępstwa sui generis możliwy jest zasadniczo udział osób cywilnych w przestępstwach

wojskowych, względnie według jakich przepisów udział ten winien być oceniony.

Przestępstwa wojskowe (przewidziane w kodeksie karnym wojskowym) mogą być przestępstwami ściśle wojskowemi (mere militaria) t. j. takiemi, których osoba cywilna wogóle nie może się dopuścić (np. § 63 kod. kar. wojsk.—poddanie twierdzy przez komendanta), tudzież takiemi, które z punktu widzenia prawa powszechnego nie są bezkarnemi (np. § 97 kod. kar. wojsk. — czynne targnięcie się na przełożonego, połączone ewentualnie z ciężkiem uszkodzeniem ciała lub śmiercią przełożonego [1]), § 129 — plądrowanie, które z punktu widzenia prawa karnego powszechnego stanowi tak lub owak kwalifikowane przestępstwo majątkowe itp.

Udział w przestępstwach ściśle wojskowych usuwałby się już z góry z pod przepisów kodeksu karnego powszechnego ze względu na konstrukcję przepisów §§ 48 i 49; ustęp bowiem drugi § 48 kod. kar. powszech. postanawia, że „karę należy wymierzyć podżegaczowi według tej ustawy, która stosuje się do działania, do którego świadomie podżegano . . . . . . ” zaś ustęp drugi § 49, postanawia analogicznie, że „karę należy wymierzyć pomocnikowi według tej ustawy, która stosuje się do działania, do którego świadomie pomagano . . . . . . ”. Skoro więc działania głównego sprawcy przy przestępstwach ściśle wojskowych oceniane być ma bezspornie według kodeksu karnego wojskowego, można zastanawiać się jedynie nad pytaniem, czy udział osoby cywilnej w braku przepisu, określającego istotę przestępstwa sui generis, może pociągać za sobą odpowiedzialność (przed sądem cywilnym) według przepisów kodeksu karnego wojskowego, czy też udział taki jest bezkarny; trzeciej alternatywy niema.

Ze względu na brzmienie §§ 48 i 49 kod. kar. powszechn. wykluczono tedy bez wahania tak w praktyce, jak i teorji, stosowanie przepisów kodeksu karnego powszechnego do udziału osób cywilnych w przestępstwach ściśle wojskowych t. j. takich, które z punktu widzenia prawa powszechnego są bezkarne; inne pojmowanie rzeczy nie da się zresztą pomyśleć.

Przy ocenieniu kwestji udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, które nie należą do kategorji ściśle wojskowych, należy mieć na względzie przepis § 50 kod. kar. powszechn. [2]), który to przepis stosuje się zresztą w myśl § 2 wojsk. kod. kar. (obecnie art. 9 rozp. poz. 369/20 Dz. U.) również w zakresie sądownictwa wojskowego. Udział osób cywilnych w tz. przestępstwach „wojskowo-kwalifikowanych” może pociągać za sobą odpowiedzialność z wyłączeniem atoli kwalifikacji według normy zwiększającej lub zmniejszającej karę ze względu na osobiste właściwości i okoliczności [3]).

Odnośnie do udziału osób cywilnych w przestępstwach ściśle wojskowych wyłonił się atoli pogląd, że udział taki, o ile nie stanowi delictum sui generis, przewidzianego w powszechnem prawie karnem, oceniany być winien według przepisów kodeksu karnego wojskowego.

Ten nieoczekiwany, w każdym razie niezmiernie groteskowy pogląd, nakazujący sędziemu cywilnemu stosowanie do udziału osób cywilnych kodeksu karnego wojskowego nie stał się jednak „communis opinio”; przeciwnie mimo przyjęcia tej zasady przez Sąd Rzeszy i wielu wybitnych prawników (bez przekonywującego zresztą uzasadnienia) podniósł się szereg

---

[1]) Sporne. Zob. poniżej zdanie Goldschmidta, krytykującego wyrok Sądu Rzeszy z 5 kwietnia 1894 T. 25 str. 234 i uw. 7 do § 47 wojsk. kod. kar. w wydaniu Romena i Rissoma (wyd. Guttentaga r. 1916).

[2]) „Gdy ustawa karygodność czynu zmniejsza lub zwiększa stosownie do osobistych właściwości lub stosunków . . . . . wówczas należy owe szczególne okoliczności wziąć pod uwagę odnośnie do tego sprawcy . . . . . . u którego one zachodzą”.

[3]) Por. zdanie Goldschmidta w uw. 3 w jego Widerstand g. d. Staatsgewalt (Ref. d. R. StrGb. Aschrott-Liszt).

poważnych protestów i głosów, wskazujących, że błędną jest droga na którą wkroczył Sąd Rzeszy i ci teoretycy, którzy do poglądu powyższego się przychylili.

Sąd Rzeszy wyznaje wprawdzie słuszną zasadę, że postanowienia wojskowego kodeksu karnego odnoszą się jedynie do osób wojskowych (co wypowiada wyraźnie np. w orzeczeniu z dnia 1 kwietnia 1887 T. 15 str. 396 w słowach ...... § 2 kod. kar. wojsk., jak wogóle kodeks karny wojskowy, pominąwszy ...... wypadki wyjątkowe §§ 155 i nast. wojsk. kod. kar. zasadniczo stosują się tylko do karania osób wojskowych"), równocześnie atoli z przepisu § 2 tegoż kodeksu dedukuje, że przepisy powszechnego prawa karnego o udziale, w związku z przepisem § 2 wojsk. kod. kar. uzasadniają odpowiedzialność osób cywilnych według tegoż kodeksu w o j s k o w e g o; jednem słowem sędzia cywilny stosować powinien względem osób cywilnych, winnych udziału w przestępstwach wojskowych k o d e k s k a r n y w o j s k o w y o ile dany udział nie jest sui generis przestępstwem prawa karnego powszechnego (np. §§ 112, 141 kod. pow.).

Tezę tę wypowiada Sąd Rzeszy pośrednio lub bezpośrednio w szeregu orzeczeń (Tom 6 str. 7, Tom 15 str. 396, Tom 25 str. 234, Tom 27 str. 157, Tom 38 str. 417 Zb. O.); również wojskowy Sąd Rzeszy przychylił się do tego zapatrywania (—16—138—).

Orzeczenie z 5 kwietnia 1894 (Tom 25 str. 234 zb. o.) zajmuje się wypadkiem udziału w przestępstwie z § 97 kod. kar. wojsk. Cywilny X nakłonił huzara Y do czynnego targnięcia się na przełożonego, za co skazany został przez sąd dla osób cywilnych w myśl § 48 kod. kar. powsz. § 2 wojsk. kod. kar. i § 97 tegoż kod. na karę pięcioletniego więzienia[1]). W motywach tego orzeczenia czytamy, że „..... postanowienia §§ 48 i 49 kod. kar. o podżeganiu i pomocnictwie, wobec braku przepisu ograniczającego i ze względu na §§ 1 i 2 kod. kar. wojsk. stosują się tak samo do udziału niewojskowych w zbrodniach i występkach wojskowych, jak § 257 kod. kar. do sprzyjania tym zbrodniom lub występkom, popełnionym przez osoby niewojskowe — jest rzeczą przez Sąd Rzeszy już uznaną (orzeczenie Sądu Rz. w spr. kar. T. 6 str. 7, T. 15 str. 398), wypadek zaś niniejszy nie daje podstawy do odstąpienia od tych zasad". Podobnie także w orzeczeniu z 1 kwietnia 1887 t. 15 str. 396 czytamy, że „..... § 257 kod. kar. ma zastosowanie ..... podobnie jak §§ 48 i 49 kod. kar. ..... do udziału osób niewojskowych w zbrodniach i występkach wojskowych".

Do tego zapatrywania Sądu Rzeszy przyłączył się szereg teoretyków, jak np. Allfeld, Bar, Liszt, Meyer, Hecker, Nagler, Schoenfeld, Schwartz; zdanie to podtrzymuje również prof. Liszt w ostatniem wydaniu swego „Lehrbuch d. d. Strrechts" 1919 str. 222, przyznając zresztą, że „.... stosowanie wojskowych kar pozbawienia wolności może sprowadzić trudności", tudzież Olshausen w 10 wydaniu swego komentarza (r. 1916), gdzie w tomie 1 na str. 165 uw. 10 powołuje się dość bezceremonialnie na motyw oportunistyczny („..... ponieważ postanowienia szczególne kodeksu karnego — por. §§ 112, 141, 142/2 — w praktycznie najważniejszych wypadkach

---

[1]) Orzeczenie to zakwestjonował Goldschmidt (Widerstand g. d. Staatsgewalt d. Ref. d. R. Str. G. Aschrott-Liszt str. 102 T. II) zaznaczając, że Sąd Rzeszy przeoczył w danym wypadku zasadę § 50 kod. kar. pow. Zdaniem wspomnianego autora w § 97 kod. kar. wojsk. chodzi właśnie o osobiste momenty, wobec czego osoba cywilna przestępstwa z § 97 kod. kar. wojsk. nie może się dopuścić w żadnej formie, tem bardziej, że zasada § 50 pow. kod. kar. stosuje się w sądownictwie wojskowem z mocy § 2 wojsk. kod. kar. Zachodzi więc wypadek przestępstwa „wojskowo-kwalifikowanego". Wspomniany autor zauważa ironicznie, że pogląd przeciwny prowadzi (de lege ferenda—ze względu na projekt) do wniosku, że udział w czynnem porwaniu się na przełożonego, byłby surowiej karany, aniżeli czynne porwanie się na cesarza.

nie czynią zadość potrzebie . . . . . "), tak, jakby motyw oportunistyczny pozwalał w razie luki w ustawodawstwie karać sine lege.

Projekt kodeksu karnego niemieckiego z r. 1909 nie liczy się z rozbieżnością zdań, panującą na polu udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, mimo, że na konieczność jasnego załatwienia sprawy poczęto zwracać uwagę; między innymi prof. M. E. Mayer w swem „Widerstand gegen die Staatsgewalt" (Vrgl. Darst. cz. szcz. T. I str. 392) pisze, że „ . . . . . nietylko, aby ustalić sferę § 112, lecz przedewszystkiem dlatego, że spór sam dla siebie będzie musiał być rozwiązany, ustawodawca znajdzie się wobec konieczności zajęcia względem niego stanowiska i jasnego wyrażenia w ustawie swej woli". Wspomniany projekt staje widocznie na stanowisku orzecznictwa Sądu Rzeszy i wykładni § 2 wojsk. kod. kar. stosowanej przez Sąd Rzeszy, pozostawia też odnośne przepisy kodeksu karnego w zasadzie niezmienione, sądząc, że sprawy nie trzeba rozstrzygać przez zamieszczenie specjalnego postanowienia w przedmiocie karygodności udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych. Zapatrywaniu temu daje też projekt wyraz w motywach do § 150 w słowach: „Sama dezercja jest przestępstwem ściśle wojskowem . . . . Podżeganie i pomoc do niej byłaby i bez wyraźnego postanowienia § 150 karygodne w myśl zasad ogólnych. Przez to jednak, że podniesiono je do kategorji samoistnych występków, wykluczono stosowanie zasad o karaniu udziału (§§ 78, 79)".

Wspomniany projekt spotkał się też z tego powodu ze słuszną krytyką. Goldschmidt (Widerstand g. d. Staatsgewal w Reform d. R. Str. Gb. T. II str. 100 Aschrott—Liszt) pisze, że „nowy utwór dawał prawo oczekiwania, że na najbardziej paląca kwestja sporna (die brennendste Streitfrage)... będzie rozwiązana w projekcie w sposób zadawalniający. Jest to kwestja czy osoby cywilne ulegają karze z powodu udziału w przestępstwach ściśle wojskowych?. . . . motywy podzielają stanowisko Sądu Rzeszy, który . . . uważa udział osób cywilnych w przestępstwach czysto wojskowych za karygodny z powodu ogólnego ujęcia §§ 2 wojsk kod. kar. 48, 49 k. k. Ten pogląd jest jednak już de lege lata nie do utrzymania, a mianowicie z motywów przekonywujących przytoczonych przez Koppmanna. . . .".

Praktyka Sądu Rzeszy, tudzież zapatrywanie teoretyków, którzy przyłączyli się do poglądów tej praktyki spotkały się jednak z poważną opozycją wielu wybitnych prawników, którzy nawołują do tego, by interpretacja nie przeradzała się w legislatywę i którzy w ustawodawstwie niemieckiem stwierdzają poważną lukę, stojącą na przeszkodzie temu, by osoby cywilne, winne udziału w przestępstwach wojskowych, mogły de lege lata ulegać karze poza wypadkami, w których udział taki został przez prawo karne powszechne zagrożony karą pod formą delicti sui generis.

Zwolennicy tego zapatrywania, przedewszystkiem prof. M. E. Mayer, sprowadzają spór na jedynie racjonalny grunt t. j. grunt podmiotowego zakresu działania kodeksu karnego wojskowego. Należy przedewszystkiem zasadniczo rozstrzygnąć, do jakich osób odnoszą się postanowienia wojskowego kodeksu karnego; wówczas przepis § 2 kod. kar. nie będzie przedstawiać, żadnych trudności interpretacyjnych, będzie wówczas przepisem jasnym, którego konieczność w prawie karnem wojskowem nie będzie zresztą przez nikogo kwestjonowana. Błąd Sądu Rzeszy i teoretyków, przyłączających się do zapatrywania praktyki, polega właśnie na okoliczności, że przy interpretacji § 2 wojsk. kod. kar. wychodzi się poza ramy podmiotowego zakresu działania kodeksu karnego wojskowego; każda interpretacja poza granicami tego podmiotowego zakresu działania musi z natury rzeczy prowadzić do zupełnie nieuzasadnionych i błędnych rezultatów.

Nieuprzedzonemu czytelnikowi kodeksu karnego wojskowego z r. 1872 musi się istotnie nieraz wydać rzeczą dziwną, jak łatwo przeoczono granicę podmiotowego zakresu działania kodeksu karnego wojskowego, a prze-

cie § 3 tegoż kodeksu wyraźnie postanawia, że „przestępstwa wojskowych, które nie są wojskowemi zbrodniami i występkami, będą sądzone według powszechnych ustaw karnych", z czego wniosek, że poza sferą przestępstw pospolitych osoby wojskowe, nie inne, podlegają jeszcze specjalnym normom wojskowego prawa karnego. Nie można również przeoczyć napisu tytułu trzeciego cz. II kod. kar. woj. tudzież postanowień §§ 155—161 tego kodeksu, z których niedwuznacznie wynika, że podmiotowy zakres działania kodeksu karnego wojskowego jedynie wyjątkowo, wbrew zasadzie § 3 poddaje podczas wojny mocy ustaw wojskowych pewne osoby bez względu na to, czy one należą do grupy osob wymienionych w § 3; przy sposobności zauważyć należy, że § 4 kod. kar. wojs. w formie interpretacji autentycznej stanowi, że „za wojskowych należy uważać żołnierzy i urzędników wojskowych, należących do armji lub marynarki". Pod tytułem „Przepisy karne dla osób, podlegających ustawom wojskowym podczas wojny" poddano w § 155 kod. kar. wojs. mocy materjalnych przepisów karno wojskowych tz. orszak wojskowy, składający się z osób cywilnych (urzędnicy cywilni przy armji w polu, personel sanitarny, złożony z osób niewojskowych, korespondenci wojenni i t. p.), następnie oficerów zagranicznych towarzyszących armji (§ 157), którzy z punktu widzenia ustaw krajowych i jasnego postanowienia § 4 ust. 1 k. k. wojsk." (przez armję należy rozumieć armję niemiecką, przez marynarkę, cesarską marynarkę") są osobami cywilnemi; to samo stanowisko mają również jeńcy wojenni, którzy aczkolwiek ze względu na przepis § 4 kod. kar. wojsk. nie są wojskowymi w rozumieniu prawa krajowego, są jednak poddani mocy kodeksu wojskowego (§ 158). Wreszcie z mocy § 160 kod. kar. wojsk. każdy wojskowy lub cywilny, który dopuścił się na terenie bezpośrednich działań wojennych zdrady wojennej podlega przepisom wojskowego kodeksu karnego; podobnie z mocy § 161 każdy obywatel tak własny, jak i cudzoziemiec, który na obszarze okupowanym dopuścił się przestępstwa przeciw wojskom okupacyjnym lub osobom do niego należącym lub przeciw władzy okupacyjnej, poddany jest również mocy ustaw wojskowych.

Za tezą, że kodeks karny wojskowy jedynie wyjątkowo w czasie wojny w sferę podmiotowego swego zakresu działania wciąga osoby cywilne (§ 155—161) przemawia nadto cały układ tego kodeksu. W § 1 bowiem ustawa dzieli przestępstwa wojskowe na dwie grupy t. j. zbrodnie i występki wojskowe [1]); wykroczeń (przekroczeń) kodeks karny wojskowy nie zna. Kodeks wspomniany nie zawiera nadto pełnej tz. części ogólnej; zawiera jedynie niektóre specyficzne postanowienia ogólne, zresztą zaś odwołuje się do postanowień ogólnych kodeksu karnego powszechnego. Załatwiwszy się z kwestją podziału przestępstw i odwoławszy się do postanowień ogólnych prawa karnego powszechnego, ustawodawca przechodzi natychmiast do specyficznych postanowień odbiegających od ogólnych norm prawa powszechnego. W następnych zatem §§ traktuje kodeks wojskowy przedewszystkiem o podmiotowym zakresie swej mocy obowiązującej, gdyż właśnie w tym punkcie zachodzi różnica zasadnicza między kodeksem wojskowym, a prawem karnem powszechnem (jus singulare). Jak już wspomniano w § 3 ustawa ustala z jednej strony zasadę, że przestępstwa pospolite osób wojskowych oceniane być winne wesług ustaw karnych powszechnych, równocześnie zaś daje do poznania, że normom kodeksu wojskowego podlegają tylko wojskowi (pojęcie wojskowych określaja bliżej §§ 4 i 5).

---

[1]) Przepis § 1 kod. kar. wojsk. brzmi: Przestępsfwo zagrożone według ustawy niniejszej karą śmierci, domu karnego albo więzienia lub twierdzy na czas powyżej lat pięciu jest zbrodnią wojskową.

Przestępstwo, zagrożone według ustawy niniejszej karą pozbawienia wolności (§ 16) nie wyżej lat pięciu, jest występkiem wojskowym.

Niepośledniej wagi dla ocenienia podmiotowego zakresu mocy obowiązującej kodeksu wojskowego jest również przepis § 6 stanowiący, że tz. osoby stanu urlopowanych podlegają przepisom kodeksu wojskowego jedynie w czasie ich służby, pozatem stosują się do nich jedynie te przepisy kodeksu karnego wojskowego, które ustawa wyraźnie wskazuje jako odnoszące się do osób stanu urlopowanych; zatem osoby cywilne pozostające do wojska w stosunku trwałego urlopu (np. rezerwiści) już tylko wyjątkowo podlegają wojskowemu prawu karnemu materjalnemu.

Przeciw zapatrywaniu o możliwości stosowania przez sędziego cywilnego kodeksu wojskowego w wypadku udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych przemawia również trudność na jaką natrafiła praktyka przy stosowaniu kar, przewidzianych w kodeksie karnym wojskowym. W orzeczeniu Sądu Rzeszy T. 15 str. 386 widzimy tę trudność na tle kary, którą kodeks wojskowy nazywa „Arrest" (§ 16 wojsk. kod. kar.) i kary, którą powszechny kodeks karny nazywa „Haft" (§ 18 k. k. pow.). Z jakiej racji, stosując do udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych kodeks wojskowy, uznano za właściwe odrzucić „Arrest" i stosować w jego miejsce „Haft"? Jakiej karze kodeksu karnego powszechnego odpowiada areszt średni lub ścisły (por. § 19 kod. kar. wojsk.)?

Przyjęcie zapatrywania, któremu hołduje Sąd Rzeszy, prowadzi do szeregu dalszych niepożądanych i krzywdzących konsekwencji. Przepis § 50 kod. kar. wojsk. postanawia, że „przy karaniu za wojskowe zbrodnie i występki orzeczenie przewidzianej przez ustawę kary jest niezależne od wieku sprawcy"; jeśli tedy mamy do czynienia z osobą, która należy do grupy osób mogących w zasadzie odpowiadać kryminalnie, tj. która w chwili popełnienia czynu ukończyła lat 12 (ogólna reguła § 55 powszech. kod. kar. stosuje się w myśl § 2 kod. kar. wojsk.), wówczas odpada — zdaniem Romena i Rissoma [1]) — także badanie rozeznania (discernement), jak również stosowanie łagodniejszych sankcji § 57. Dwunastoletni winowajca, który skłonił dowódcę miejsca umocnionego, do tego, by on nie wyczerpawszy wszystkich środków obrony (§ 63) opuścił owo miejsce, miałby być w myśl § 48 pow. kod. kar. i §§ 2 i 63 wojsk. kod. kar. skazany przez sąd cywilny (!) na śmierć, bez uprzedniego badania kwestji rozeznania i bez możności stosowania § 57 powszech. kod. kar. Podobnie, gdyby winowajca, który nakłonił huzara X do zadania podoficerowi kijem rany na głowie (zob. wyrok Sądu Rzeszy T. 25 str. 234) w chwili popełnienia czynu liczył zaledwie lat 12, byłby ukarany przez sąd cywilny w myśl § 48 kod. kar. powszech. i §§ 2, 97 ust. 3 kod. kar. wojsk. domem karnym od lat 5 — 15, a w wypadkach mniejszej wagi karą pozbawienia wolności od 1 roku do lat 15; odpadłoby również badanie rozeznania i stosowanie § 57.

Niezrozumiałem jest wówczas, dlaczego ustawodawca uprzywilejował np. podżeganie lub pomoc do dezercji, która w pewnych zresztą okolicznościach pociąga za sobą nawet karę śmierci (dezercja w obliczu nieprzyjaciela lub z oblężonej twierdzy — § 73 wojsk. kod. kar.). Podżeganie bc-

---

[1]) Czy § 50 kod. kar. wojsk. wyklucza badanie rozeznania (discernement) może być wątpliwe. Wspomniani autorzy komentując § 50 (kod. kar. wojsk. wydanie Guttentaga 1916) twierdzą, że § 50 „zawiera wyjątek od przepisów §§ 56, 57 k. k., który przy obwinionych niżej lat 18 wymaga badania kwestji rozeznania, potrzebnego do zrozumienia karygodności, a nawet w wypadku potwierdzenia tego pytania przewiduje łagodniejsze ukaranie". Możnaby jednak komentować § 50 k. k. wojsk. w tym kierunku, że on nie dotykając kwestji, czy dana osoba może odpowiadać karnie i pozostawiając w tej mierze w mocy § 56 kod. kar., wyklucza jedynie stosowanie § 57 powszech. kod. kar.; odmienna interpretacja mogłaby prowadzić nawet do karania niemowląt. Nadmienić należy, że przepis § 50 wojsk. k. k. ma doniosłe znaczenie nietylko ze względu na żołnierzy (ochotników) niżej lat 18, lecz także ze względu na postanowienia § 155 i nast. kod. kar. wojsk.

wiem do dezercji i pomoc do tego przestępstwa, lege non distinguente, czy chodzi o dezercję zwykłą czy kwalifikowaną, w szczególności dezercję w obliczu nieprzyjaciela lub z oblężonej twierdzy, ulega w myśl § 141 powszech. k. k. karze więzienia do lat trzech; ten sui generis przepis powszechnego prawa karnego, odnoszący się do osób cywilnych (nie wojskowych — zob. § 73 kod. kar. wojsk.) według communis opinio tak Sądu Rzeszy, jak i wszystkich teoretyków wyklucza kombinację § 48 kod. kar. powszech. i §§ 2 i 73 kod. kar. wojsk.

Stworzenie w kodeksie karnym powszechnym przestępstw sui generis tego rodzaju, co §§ 112 lub 141 kod. kar. powszech. potwierdza więc regułę, że podmiotowy zakres działania kodeksu karnego wojskowego (poza wypadkami § 155 i nast. k. k. w.) nie obejmuje osób cywilnych; niezrozumiałe uprzywilejowanie podżegania i pomocnictwa do dezercji w porównaniu z innemi przestępstwami wojskowemi, jako logiczna konieczność, wynikająca z przyjęcia zapatrywania Sądu Rzeszy na kwestję udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, mogło by być, nawet w braku innych dowodów, dostatecznem świadectwem tego, że ustawodawca pojmował udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych jedynie jako delictum sui generis w ramach prawa karnego powszechnego (może zresztą w zbyt szczupłych granicach).

Również interpretacja historyczna (zob. niżej motywy do § 8 kontr projektu i wywody prof. E. M. Mayera) przemawia przeciw stanowisku Sądu Rzeszy i tych teoretyków, którzy podzielają pogląd tego sądu.

Kontrprojekt kodeksu karnego niemieckiego (Kahl, Lilienthal, Liszt, Goldschmidt) z r. 1911 nie przeszedł już do porządku dziennego nad kwestją udziału osób cywilnych w przestepstwach wojskowych, jak to wzorem obowiązującego prawa uczynił dość bezceremonialnie projekt z r. 1909; autorowie kontrprojektu postanowili wyjaśnić kwestję, czy i w jakiej mierze taki udział ulegać ma karze.

Ustalając podmiotowy zakres działania kodeksu karnego powszechnego autorowie kontrprojektu zaproponowali przepis § 8 w brzmieniu następującem:

„Powszechne ustawy karne stosują się do niemieckich wojskowych, o ile ustawy wojskowe inaczej nie postanawiają.

Ustawy karne wojskowe stosują się do innych osób, które nie są niemieckimi wojskowymi jedynie w wypadkach, przewidzianych w tytule 3 części II kodeksu karnego wojskowego z 20 czerwca 1872 (str. 174 — 204 Dz. U. Rz.)".

Spór tedy między Sądem Rzeszy i zwolennikami jego zapatrywania, a zwolennikami zasady, że kodeks karny wojskowy stosuje się do osób cywilnych jedynie wówczas, gdy one w czasie wojny z mocy § 155 i nast. kod. kar. wojsk. poddane są mocy ustaw wojennych został jasno i niedwuznacznie rozstrzygnięty. Tem samem jednak odsłonięto lukę ustawodawczą, która istnieje de lege lata, postanowienia bowiem §§ 112 i 141 kod. kar. powszech. są za szczupłe.

Ażeby ową lukę wypełnić autorowie kontrprojektu przewidzieli wprowadzenie § 153 w brzmieniu następującem:

„Kto osobę stanu żołnierskiego nakłania do pogwałcenia obowiązku służbowego, albo jej w tem jest pomocny lub kto przynależnych do obrony krajowej nakłania do nieusłuchania rozkazu powołującego do służby będzie karany więzieniem".

Nadmienić należy, że w myśl § 42 rzeczonego projektu więzienie wymierzać należy w rozmiarze od jednego tygodnia do lat dwu.

W motywach zaś do kontrprojektu czytamy:

„Ustęp drugi dodano, celem rozstrzygnięcia spornego pytania, czy osoby cywilne w czasie pokoju mogą być karane za udział w przestęp-

stwach wojskowych według kodeksu karnego wojskowego, a mianowicie w przeciwieństwie do Sądu Rzeszy w sensie negatywnym. Jedynie takie rozstrzygnięcie odpowiada historycznemu rozwojowi, stanowisku zajętemu przez pruski kodeks wojskowy i stanowisku Rządu przy obradach nad kodeksem karnym wojskowym, właściwości kodeksu karnego wojskowego, która nie pozwala na stosowanie tegoż w czasach pokojowych do osób cywilnych, napisowi 3 tytułu II części kod. kar. wojsk. . . . . . Stanowisko zajęte przez kontrprojekt uwarunkowane jest zagrożeniem samoistnej kary za udział w przestępstwach wojskowych. To stało się w § 153 kontrprojektu".

W motywach zaś do § 153 kontrprojektu czytamy między innemi:

„Ujęcie sprawy przez kontrprojekt opiera się na propozycjach Goldschmidta (Reform II 103, 107; por. również M. E. Mayer V. D. Bes. T. I 389 i nast.) . . . . . .".

Do przeciwników zapatrywania Sądu Rzeszy, prócz wyżej wspomnianych autorów, należą także Koppmann, Finger, Kohler, zaś prof E. M. Mayer formułuje swój pogląd następująco:

„. . . . . . dla mnie nie jest rzeczą wątpliwą, że spór w zakresie prawa obowiązującego musi być rozstrzygnięty negatywnie, ponieważ ani z kodeksu karnego ani z kodeksu karnego wojskowego, ani też ze związku obu kodeksów (§ 2 kod. kar. wojsk.) nie można wysnuć innej zasady, jak: Kto bierze udział w przestępstwie drugiego ulega karze. Kto w rozumieniu kodeksu karnego (poza wyjątkami, które nas tu nie interesują) jest każdy, kto w rozumieniu kodeksu karnego wojskowego jest jedynie ten, do kogo stosuje się kodeks karny wojskowy, ten zaś kodeks wyczerpująco określa swój podmiotowy zakres działania, nie obejmując osób cywilnych (wyjątki §§ 155, 160 mające zastosowanie w czasie wojny nie interesują nas obecnie). Brak jest tedy przepisu prawnego na podstawie którego możnaby karać udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych. Niniejszem występuję przeciw różnorodnym naukom, które z istoty udziału lub przestępstwa szczególnego wysnuwają karygodność; wszystkie te dedukcje prowadzą do słusznych wyników de lege ferenda, ignorują jednak prawo obowiązujące. Według niego problem ów nie należy ani do nauki o udziale, ani o przestępstwach specjalnych lecz podmiotowego zakresu działania kodeksu karnego wojskowego i w tem ujęciu nie jest już problemem . . . . . Tem samem znika też szkopuł, o który rozbijają się ci, którzy jedynie w ostatecznym wyniku zgadzają się z tem przedstawieniem, jak i szkopuł, o który rozbijają się przeciwnicy. Pierwsi nie umieją w sposób zadawalniający wyjaśnić, dlaczego udział osób cywilnych w przestępstwach czysto wojskowych ma być traktowany odmiennie, aniżeli niewątpliwie karygodny udział osoby nie będącej urzędnikiem w przestępstwach czysto urzędniczych. Drudzy, którzy chcą karać osoby cywilne według kodeksu karnego wojskowego . . . . . muszą, ponieważ ustawy milczą, kary aresztu zamieniać na kary cywilne. Przytem można się zapuszczać w różnorodne rozważania; można porównywać „Arrest" do „Haft" albo do więzienia, albo ścisły areszt stawiać na równi z więzieniem, jedno będzie więcej, drugie mniej słuszne, zawsze jednak czynność ta nie jest wykładnią lecz legislatywą".

„Zapatrywanie, które reprezentujemy nie prowadzi do rezultatów zupełnie niemożliwych. Na podstawie §§ 112, 141, 142 kod. kar. można ukarać przeważną ilość wypadków w grę wchodzących, w każdym razie jednak nie wszystkie. Tę lukę wypełnić musi nowa ustawa. Co do tego wyłaniają się mianowicie dwie drogi: albo system kodeksu karnego rozbudować tj. cytowane paragrafy w ten sposób uzupełnić, że każdy karygodny udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych ulega karze na podstawie kodeksu karnego (scilicet powszechnego), albo przez ogólne postanowienie wyjaśnić, że ów udział ma być traktowany według ogólnych zasad o udziale. To ostatnie prowadziłoby do tego, że osoby cywilne musiałyby być karane

według kodeksu karnego wojskowego, to zaś byłoby z wielu względów rzeczowo i technicznie niezręczne, nawet gdyby ustawa wskazywała, jakie rodzaje kar powinny wstąpić w miejsce kar specyficznie wojskowych. Dlatego pierwszej drodze z wielu względów należy dać pierwszeństwo."

Wreszcie również Romen i Rissom w uwadze 9 do § 47 wojsk. kod. kar. skłaniają się do zapatrywania, że osoby cywilne nie mogą popełnić przestępstw przewidzianych w kodeksie karnym wojskowym, nawet w formie udziału.

Zasada § 2 wojsk. kod. kar. nie uległa zasadniczej zmianie także po wydaniu rozporządzenia Rady Ministrów z 10 maja 1920 r. № 59 Dz. U. poz. 369.

Przepis § 2 wojsk. kod. kar. przestał wprawdzie obowiązywać, w miejsce jednak tego przepisu wprowadzono art. 9 wspomnianego rozporządzenia, który postanawia: „O ile w kodeksie karnym wojskowym lub przepisach niniejszych inaczej nie postanowiono, przepisy ogólne powszechnych ustaw karnych dzielnicowych, które dotyczą zbrodni i występków, stosuje się odpowiednio do zbrodni i występków wojskowych . . . . . ". Przepis ten sam przez się nie zmienia zasadniczo sprawy i nie rozstrzyga sporu, jaki w ustawodawstwie niemieckiem panował na tle udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, albowiem przepis ów jedynie uogólniono, podstawiając w miejsce powszechnego kodeksu niemieckiego odpowiednią ustawę dzielnicową.

W dalszym ciągu niniejszego rozważania zastanowimy się jeszcze szczegółowo nad kwestją, czy w rozporządzeniach ogłoszonych w № 59 Dz. U. nie jest zawarty inny przepis, który może zasadniczo przeważyć szalę na rzecz tego lub innego zapatrywania prawnego. Uczynimy to jednak z punktu widzenia wszystkich trzech dzielnic. Poprzednio jednak należy przepis art. 9 rozporządzenia z 10 maja 1920 r. № 59 Dz. U. poz. 369 rozważyć z punktu widzenia ustawodawstw dwu innych dzielnic.

B) W b. zaborze rosyjskim.

Kwestja udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, o ile udział ów nie jest delictum sui generis, przewidzianem w prawie karnem powszechnem, w szczególności w ustawie z dnia 20 lutego 1920 r. № 20 Dz. U. poz. 104, łączy się z pytaniem, jak według ustawodawstwa b. zaboru rosyjskiego przedstawia się sprawa udziału osób cywilnych w przestępstwach szczególnych.

Kwestją tą zajmuje się już ustawodawstwo rosyjskie, poprzedzające kodeks z r. 1903 niewątpliwie w pierwszym rzędzie dlatego, że kodeks kar głównych i poprawczych w sposób nietrafny i niejasny nakreślił granicę między przestępstwem dyscyplinarnem i karno-sądowem. Wątpliwości, które wyłoniły się w praktyce rozstrzygnęło najwyżej zatwierdzone zdanie Rady Państwa z 4 listopada 1873 (w sprawie Jankowskiego i innych), które ustaliło zasadę, że udział osób prywatnych w t. z. przestępstwach czysto służbowych jest bezkarny; tą drogą idzie też następnie praktyka rosyjska (zob. np. wyroki Senatu 73/318, 92/43 tudzież judykaturę, cytowaną przez Mieczysława Ettingera w Przegl. orzecz. sąd. kar., odbitka z Kwartal. prawa cyw. i kar. 1 r. 1919 str.).

Kwestja, czy i w jakiej mierze osoba prywatna dopuścić się może karygodnego udziału w przestępstwach specjalnych rozważana już była w praktyce z punktu widzenia kodeksu karnego z r. 1903; w kwestji tej już dziś obawiać się można rozbieżności zdań, a dowodem tego może być decyzja sądu apelacyjnego w Warszawie, z dnia 21 grudnia 1917, oświadczająca się zasadniczo za karygodnością udziału osób prywatnych w przestępstwach

służbowych. Za zapatrywaniem warszawskiego sądu apelacyjnego oświadcza się Redakcja Kwartalnika prawa cywilnego i karnego (Przegląd orzecz. sąd. kar. I str. 3), przeciw zaś temu zapatrywaniu wystąpił Mieczysław Ettinger (zob. ibidem p. t. „Udział osób prywatnych w przestępstwach służbowych), który w sposób zupełnie przekonywujący udowodnił, że teza przyjęta przez sąd apelacyjny jest zasadniczo błędna;[1]) w danym wypadku należało wprawdzie ścigać winnego, ponieważ czyn jego nosił na sobie zarazem cechę przestępstwa ogólnego, uzasadnienie jednak karygodności wyłącznie możliwością karygodnego udziału osób prywatnych w przestępstwach szczególnych uznać należy z punktu widzenia prawa rosyjskiego za błędne.

Odwołując się do szczegółowych wywodów wspomnianej krytyki wskazać wypadnie jedynie w ogólnych zarysach owe momenty, które w myśl kodeksu karnego z r. 1903 decydują o odrzuceniu karygodności udziału osób prywatnych w przestępstwach szczególnych.

Decydującym w tej mierze jest przepis art. 51 cz. 4 kod. kar. z r. 1903 który postanawia, że „szczegółowe osobiste stosunki i warunki, określające, potęgujące lub zmniejszające karygodność kogokolwiek ze wspólników, nie wpływają na odpowiedzialność innych". Wystarczy przepis wspomniany porównać choćby z odpowiedniemi postanowieniami innych ustaw dzielnicowych[2]), aby uprzytomnić sobie, że wyraz „określające" musi mieć zasadnicze znaczenie dla kwestji udziału według ustawodawstwa b. zaboru rosyjskiego. Istotnie też wyraz ów umieścił projektodawca w tym celu, aby zadokumentować, że tam, gdzie jedną z istotnych cech przestępstwa jest pewien osobisty stosunek lub warunek po stronie sprawcy, wymagany do zaistnienia karygodności przestępstwa, wówczas nie należy z tego wysnuwać żadnych wniosków ani dodatnich, ani ujemnych dla innych uczestników przestępstwa. Jeśli pewnego przestępstwa dopuścić się może jedynie urzędnik (np. art. 683 k. k. — udział urzędnika w pewnych przedsiębiorstwach, w których nie może brać udziału ze względu na swój urząd) wówczas udział osób postronnych, w szczególności podżeganie i pomocnictwo do danego przestępstwa nie ulega karze. Jeśli dane przestępstwo jest przestępstwem specjalnem do tego stopnia, że rozpatrywane z punktu widzenia innego przepisu prawnego nie jest czynem przez prawo karne zabronionym, (np. art. 683 kod. kar.) wówczas zasada bezkarności udziału jest bezwzględna. Jeśli natomiast dany czyn i poza sferą przepisu szczególnego nie jest bezkarny, wówczas ze względu na przepis cz. 4 art. 51 kod. kar. udział ma być oceniany i karany według ogólnej normy karnej, która z reguły przewiduje karę łagodniejszą; więc udział w bezprawnem ogłoszeniu, wiadomych urzędnikowi z urzędu okoliczności hańbiących cześć (art. 655 ust. 4 k. k.) nie jest bezkarny ze względu na ogólne przepisy dotyczące ochrony czci (art. 530 i nast. k. k.).

Nie będziemy się wdawać w to, czy takie stanowisko ustawodawcy rosyjskiego w przedmiocie karygodności udziału osób prywatnych w przestępstwach szczególnych jest słuszne[3]); nawiasowo wspomnieć można, że stanowisko to stać się może wprost niebezpieczne, jeśli uprzytomnimy sobie, że

---

[1]) Porów. motywy Ministerstwa Sprawiedliwości do projektu noweli do ustawy z 30 stycznia 1920 № 11 Dz. U. poz. 60 (Druk Sejmu № 1917).

[2]) Przepis § 50 niem. k. k. opiewa: „Gdy ustawa karygodność czynności zwiększa lub zmniejsza według osobistych właściwości lub stosunków tego, kto ją popełnił, wówczas należy owe szczególne okoliczności wziąć pod uwagę jedynie odnośnie do tego sprawcy (współsprawcy, podżegacza, pomocnika) u którego one zachodzą".

Przepis § 5 ust. 2 austr. u. k. opiewa: „Okoliczności, uchylających karygodność zbrodni jedynie ze względu na osobiste warunki sprawcy lub jednego ze współwinnych lub uczestników, nie należy rozciągać na innych współwinnych i uczestników".

[3]) Porównaj np. prof. Poznyszewa: „Osnownyja naczała nauki ugoł. prawa, wyd. II, str. 399.

np. pomoc udzielona urzędnikowi, zdradzającemu tajemnicę dyplomatyczną, lub udział osoby prywatnej w przestępstwie urzędnika dyplomatycznego, działającego na szkodę państwa byłby bezkarny (art. 653, cz. 31, art. 116 kod. kar. z r. 1903 w związku z okolicznością, że jedynie zdrada tajemnic wojskowych jest w myśl przepisów cz. IV kod. kar. przestępstwem, w którym nie wchodzą w grę „stosunki osobiste określające karygodność"). Stwierdzamy fakt, że cz. 4 art. 51 k. k. uchyla w zupełności karygodność w przestępstwach ściśle szczególnych (mere specialia), o ile ustawodawca nie stworzył przepisu sui generis, (jak np. art. 149 k. k. w związku z art. 656 tegoż kodeksu).

Nietylko brzmienie art. 51 k. k. prowadzi do powyższego wniosku; również przepis art. 660 kod. kar.[1]) świadczy a contrario o słuszności powyższej tezy; jeśli bowiem w wypadku art. 660 k. k. za dane przestępstwo odpowiadają urzędnicy (nawet poza zakresem swego urzędowego zakresu działania) przyjąć należy, że osoby prywatne nie odpowiadają według wspomnianego przepisu, lecz conajwyżej w myśl art. 51 i 149 k. k.

Motywy ustawodawcze do kodeksu karnego z r. 1903 nie pozostawiają żadnej wątpliwości co do słuszności wyżej przedstawionej tezy.

Komisja redakcyjna, stwierdzając w swych motywach do art. 47 projektu (obecnie art. 51 k. k.), że dotychczasowe ustawodawstwo karne nie zawiera przepisu załatwiającego sprawę udziału w przestepstwach szczególnych, tudzież konstatując wahania praktyki w tej dziedzinie, rozpatruje daną kwestję najpierw na wzorach ustawodawstw zagranicznych (niemieckiego, węgierskiego, holenderskiego i projektu włoskiego) i dzieli „osobiste stosunki i warunki" na osobisto-rzeczowe i czysto osobiste; pierwsze odnoszą się wyłącznie do czynu, drugie do osoby. Włamanie przy kradzieży i znęcanie się przy zabójstwie należy położyć na karb wszystkich uczestników przestępstwa, choćby włamania lub znęcania się dopuścił się wyłącznie jeden ze wspólników, natomiast okoliczności odnoszące się do wieku sprawcy, czynnego żalu, recydywy, stosunku pokrewieństwa, stosunku urzędniczego i t. p. nie wywierają wpływu na zwiększenie lub zmniejszenie odpowiedzialności innych. „Dlatego — pisze Komisja redakcyjna — jeśli jeden ze wspólników zabójstwa pozostaje z ofiarą przestępstwa w stosunku pokrewieństwa, to ten warunek nie może mieć żadnego znaczenia dla odpowiedzialności innych wspólników: wspólnicy dzieciobójstwa lub ojcobójstwa, fałszu urzędowego, będą odpowiadać za zwykłe zabójstwo, fałsz i t. p. Jeśli zaś podobne warunki nietylko mają wpływ na miarę odpowiedzialności, lecz także od ich istnienia zawisła i sama karygodność działania, polegająca mianowicie na pogwałceniu tych specjalnych obowiązków, jak np. przy niektórych pogwałceniach służbowych, wówczas wszyscy pozostali wspólnicy, co do których nie zachodzą takie warunki, nie mogą być uznani za odpowiedzialnych za nie . . . . . ".

Czyniąc następnie rozróżnienie miedzy przestępstwami czysto szczególnemi i mięszanemi t. j. takiemi, które z punktu widzenia innego przepisu prawnego są karygodne, bez względu na to kto je popełnił, Komisja redakcyjna zauważa: „ . . . . . udział osoby prywatnej w przestępstwach służbowych może być uznany za karygodny i ulegający karze tylko w tym jedynie wypadku, gdy popełnione przez urzędnika przeciwne prawu pogwałcenie obowiązków służbowych przedstawia się równocześnie jako przestępstwo ogólne, t. j. czyn zagrożony przez ustawę pod groźbą kary niezależnie od tego, czy popełni go urzędnik lub osoba prywatna".

---

[1]) Art. 660 k. k. opiewa: „Urzędnik winny okazania świadomej pomocy w otrzymaniu łapówki, przewidzianej w art. 656 – 659, przez wręczenie łapówki, przyjęcie jej na swoje imię, lub inne pośrednictwo, ulegniem karze jako pomocnik tych przestępstw".

„Przystępując następnie do rozstrzygnięcia pytania, według jakiego przepisu prawnego powinna być karana osoba prywatna za udział w przestępstwie urzędnika, t. j. czy powinna ona być sądzona według ustawy za przestępstwo służbowe, czy też powinna ulegać karze, przewidzianej za owo przestępstwo ogólne, któremu odpowiada dane przestępstwo służbowe — koniecznem jest . . . . . mieć na względzie następujące motywy. Podwyższenie przez ustawę kary w tym wypadku, gdy przestępstwo ogólne popełnił urzędnik, jako przestępstwo służbowe, tłumaczy się wyłącznie tym motywem, że urzędnik, popełniając dane przestępstwo, narusza, oprócz ogólnych przepisów, obowiązujących wszystkich obywateli, jeszcze specjalne przepisy lub obowiązki, obowiązujące ze względu na urząd lub służbę . . . . A gdy przez udział swój w przestępstwie służbowem osoba prywatna ze swej strony nie narusza żadnych obowiązków służby . . . . . należy uznać, że udział osób prywatnych w przestępstwach służbowych powinien być rozpatrywany jako udział w tem ogólnem przestępstwie, któremu odpowiada dane przestępstwo służbowe . . . . . ".

Podobne motywy powtarza także Komisja redakcyjna uzasadniając postanowienia obecnej cz. XXXVII kod. kar. z r. 1903, jak również przepisy art. 189, 190, 191, 192 cz. VIII tegoż kodeksu (podżeganie, pomoc, ukrywanie odnośnie do przestępstw wojskowych, w szczególności dezercji).

Czytamy więc znowu w motywach do art. 189—192 kod. kar. z r. 1903, że „zgodnie z systemem, przyjętym przez kodeks w przedmiocie karygodności udziału wogóle, wszelkie przestępstwa dzielą się na dwie kategorje: na pogwałcenia, polegające na naruszeniu ogólnych norm prawnych i pogwałcenia norm specjalnych, obowiązków ustanowionych dla określonej grupy osób; czynów pierwszego rodzaju może dopuścić się każdy . . . . . . naodwrót czynów drugiego rodzaju mogą dopuścić się tylko osoby, które obciążają specjalne obowiązki . . . . . Jeśli czyn należy do kategorji pogwałceń ogólnych . . . . . to i odpowiedzialnymi będą wszyscy, którzy ich dopuścili się, jeśli zaś czyn odnosi się do kategorji pogwałceń charakteru specjalnego . . . . . to i odpowiedzialność obciąża jedynie ów specjalny podmiot, wszyscy zaś inni wspólnicy wolni są od kary . . . . . Jednak od powyższej reguły dopuszczone są wyjątki w wypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie Do wypadków tego rodzaju należy także uchylanie się od służby wojskowej . . . . . Wskutek tego też przy układaniu kodeksu karnego uznano za rzecz nieodzowną szczegółowo określić, w których wypadkach pogwałcenia ustawy o powinności wojskowej udział powinien być uznawany za karygodny . . . . . ".

Wprowadzony obecnie w całem państwie kodeks karny wojskowy z r. 1872 operuje na ogół przepisami, w których „osobiste stosunki i warunki" grają istotną rolę przy określeniu istoty przestępstwa. Aczkolwiek nie we wszystkich przepisach mowa jest o osobach stanu żołnierskiego lub urzędnikach wojskowych (choćby ze względu na orszak wojskowy — por. np. przepisy, dotyczące przestępstw przeciw obowiązkom subordynacji wojskowej, a w szczeglności przepis § 103 k. k. wojsk. o rokoszu i § 106 tegoż kodeksu o rozruchu wojskowym), to jednak, z nielicznemi chyba wyjątkami, owe osobiste stosunki i warunki dadzą się stwierdzić jako moment istotny. A więc np. w wypadku § 62 (narażenie na niebezpieczeństwo siły zbrojnej w polu) mowa jest o obowiązku służbowym, w § 63 mowa jest o komendancie, przepisy §§ 64 — 80 (samowolne oddalenie się i dezercja) odnoszą się do osób, pozostających w pewnym osobistym stosunku do siły zbrojnej, §§ 84 — 88 (tchórzostwo) również donoszą się do osób, które jedynie ze względu na specjalne stosunki dopuścić się mogą danego przestępstwa, §§ 89—113 na ogół możliwość popełnienia przestępstwa czynią zawisłą od osobistych stosunków, w szczególności osobistego obowiązku subordynacji, §§ 114—126 (nadużycie władzy służbowej) od osobistego warunku a miano-

wicie władzy nad podwładnymi, §§ 127 — 131, 133, 135 mają na myśli żołnierza, w §§ 137 — 138, 139 — 152 naruszenie obowiązku służby należy do istotnych cech przestępstwa i t. p.

Przepisy w których nie można się doszukać „osobistych stosunków i waruuków" należą do rzadkości (np. § 81 — 93 samouszkodzenie i udanie ułomności lub § 134 ograbienie zabitych lub rannych), przepisy te jednak nie wchodzą prawie w rachubę przy niniejszem rozważaniu, gdyż udział osób cywilnych w myśl prawa powszechnego stanowi bądź delictum sui generis, bądź nie wchodzi wogóle w grę właściwość sądów cywilnych (zob. § 134, 160 k. k. wojsk. i art. 2 p. 7 rozp. poz. 368/20 Dz. U.).

Nie powinno więc z punktu widzenia cz. 4 art. 51 kod. kar. z r. 1903 ulegać wątpliwości, że udział w przestępstwach wojskowych (zbrodniach i występkach wojskowych) ze względu na osobiste stosunki i warunki byłby wogóle bezkarny w tych wypadkach w których przestępstwo wojskowe byłoby delictum mere militare, w wypadkach zaś w których przestępstwo wojskowe byłoby delictum mixtum (np. plądrowanie) możnaby mówić o karygodności udziału osób cywilnych w tych przestępstwach, przy czem jednak — jak to wyżej wspomniano — udział taki należałoby kwalifikować nie według przepisów specjalnych (w danym wypadku kodeksu karnego wojskowego), lecz tych przepisów prawa karnego powszechnego, w których mieszczą się znamiona danego przestępstwa (a więc np. w wypadkach plądrowania możnaby mówić o przepisach dotyczących kradzieży, rozboju i t. p.

Zachodzi jednak pytanie, czy norma cz. 4 art. 51 k. k. z r. 1903 obowiązuje nadal w zakresie oceniania karygodności udziału w przestępstwach wojskowych.

Wprawdzie art. 9 rozporządzenia poz. 369/20 Dz. U. odwołuje się do ustaw dzielnicowych, w danym wypadku art. 51 k. k. z r. 1903, dodaje jednak równocześnie zastrzeżenie w słowach „o ile w kodeksie karnym wojskowym lub przepisach niniejszych inaczej nie postanowiono"; istotnie też w art. 28 wspomnianego rozporządzenia spotykamy przepis, który wkracza w dziedzinę udziału w przestępstwie postanawiając. „Gdy kodeks karny wojskowy karygodność działania lub zaniechanie ze względu na osobiste przymioty i okoliczności sprawcy powiększa lub zmniejsza, wówczas owe specjalne przymioty i okoliczności uwzględnia się jedynie odnośne do tego winnego, u którego one zachodzą".

Zrozumiałem jest dlaczego ustawodawca dla zakresu wojskowego prawa karnego usunął regułę art. 51 cz. 4 kod. kar. z r. 1903. Gdyby bowiem był zapomniał o konieczności zneutralizowania zasady art. 51 cz. 4 k. k., wówczas wykluczałby w b. zaborze rosyjskim w ogromnej ilości wypadków karygodność udziału w przestępstwach wojskowych przedewszystkiem wówczas także, gdy podżegania lub pomocy dopuszcza się żołnierz lub urzędnik wojskowy. Szef sztabu dowódcy fortecy nakłonił owego dowódcę do oddania fortecy nieprzyjacielowi, bez uprzedniego wyczerpania wszelkich środków obrony (§ 63 p. 1 k. k. wojsk.); dowódcę czekałaby kara śmierci, szef sztabu byłby wolny od odpowiedzialności, ponieważ osobisty moment (dowódca) określający istotę przestępstwa wykluczałby w myśl art. 51 cz. 4 k. k., odpowiedzialność innej osoby, już będącej dowódcą fortecy. Dla zakresu prawa karnego wojskowego należało tedy uchylić przepis art. 51 cz. 4 k. k., co było zresztą nieodzowne także z tego powodu, aby we wszystkich dzielnicach jednolicie w zakresie prawa karnego wojskowego unor-

mować sprawę wpływu osobistych stosunków i warunków na odpowiedzialność uczestników przestępstwa[1]).

Nie można jednak zaprzeczyć, że z chwilą wejścia w życie w b. zaborze rosyjskim przepisu art. 9 i 28 rozporządzenia z dnia 10 maja 1920 poz. 369 Dz. U. wytwarza się ewentualnie podobny stan prawny, jaki istnieje w ustawodawstwie niemieckiem. Na grunt b. zaboru rosyjskiego przenosi się ewentualnie ten sam spór, jaki powstał w ustawodawstwie niemieckiem na tle udziału osób cywilnych w przestępstwac wojskowych. Wyłonić się może zapatrywanie, że udział osób cywilnych poza wypadkami delicti sui generis, przewidzianymi w ustawach karnych powszechnych, powinien być oceniany przez sędziego cywilnego według kodeksu karnego wojskowego.

W dalszym ciągu niniejszego rozważania zastanowimy się nad tem, czy w rozporządzeniach ogłoszonych w № 59 Dz. U. nie znajduje się jakiś inny przepis, który spór ów zasadniczo rozstrzyga. Uczynimy to jednak dopiero po krótkiem rozważeniu, jak odnośna sprawa przedstawia się z punktu widzenia ustawodawstwa b. zaboru austrjackiego; przepis bowiem, który w danym wypadku ewentualnie wchodzi w rachubę jest przepisem, który może sprawę przesądzać jednolicie dla wszystkich dzielnic.

C) W b. zaborze austrjackim:

Udział osób cywilnych w przestępstwach wojskowych stanowić może w b. zaborze austrjackim w pewnych wypadkach delictum sui generis, przewidzianem w ustawie z dnia 5 lipca 1912 r. № 128 Dz. U. P. (§ 66 i nast.), w szczególności wówczas, gdy samookaleczenia dopuszcza się żołnierz (§ 81 wojsk. k. k.), lub gdy żołnierz w zamiarze uchylenia się od obowiązku służby, używa środka, obliczonego na wprowadzenie w błąd (§ 83 wojsk. k. k.). Pozatem typowym przepisem przestępstwa sui generis, w materji, o której mowa, jest przepis § 222 austrj. powszech. ustawy karnej, tudzież § 6 ustawy z dnia 28 czerwca 1890 № 137 Dz. U. P.

Kwestja mocy obowiązującej ustawy austrjackiej z dnia 28 czerwca 1890 r. № 137 Dz. U. o karaniu za nieusłuchanie rozkazu, powołującego do służby wojskowej i uwiedzeniu do tego przestępstwa wymaga szczegółowszego omówienia[2]). Przychylamy się do poglądu, że ustawa ta z chwilą wprowadzenia w życie nowych ustaw sądowo-wojskowych przestała obowią-

[1]) Dlatego trudno zgodzić się z wywodami W. Makowskiego (zob. uwagę do § 47 wojsk k. k. w jego komentarzu z r. 1921), że postanowienie art. 28 rozp. 379/20 Dz. U. uważać należy za zbędne. Stan prawny bowiem, wynikający z postanowień § 50 niem. k. k. powszech., § 5 austr. u. k. i art. 51 ros. k. k. bynajmniej się nie pokrywa, a opuszczenie art. 28 wspomnianego rozporządzenia Rady Ministrów, sprowadziłoby w b. zaborze rosyjskim stan wprost trudny do przewidzenia. To samo, aczkolwiek w mniejszej mierze nastąpiłoby w b. zaborze austrjackim, gdyby art. 40 rozporządzenia Rady Ministrów nie odwoływał się do art. 28 rzeczonego rozporządzenia.

[2]) Jak przedstawia się obecnie kwestja nieusłuchania rozkazu powołującego do służby wojskowej jest sprawą, należącą raczej do dziedziny prawa sądowo-wojskowego, niemniej jednak obecnie o sprawie tej wspomnieć należy w kilku słowach, albowiem może ona mieć wpływ na ocenienie kwestji mocy obowiązującej ustawy z dnia 28 czerwca 1899 № 137 austr. Dz. U.

Przepis § 64 w. k. k. opiewa: „Kto od swego oddziału lub swej służby oddala się samowolnie, lub z rozmysłu od tychże zdala się trzyma, albo kto udzielony mu urlop samowolnie przekracza, karany będzie za niedozwolone oddalenie się karą pozbawienia wolności do sześciu miesięcy". W przepisie tym mieści się represja za nieusłuchanie rozkazu powołującego do służby wojskowej (zob. uwag. 2 c do § 64 w. k. k. i cytowane tamże orzecznictwo wojskowego Sądu Rzeszy w wydaniu Romena i Rissoma—1916), jeśli uznamy, że z chwilą wydania rozkazu powołującego do służby wojskowej t. zn. „osoby stanu urlopowanych" tracą powyższy charakter, gdyż urlop ich jest odwołany. Antytezą „osób stanu urlopowanych" są osoby, będące w czynnej służbie. W myśl § 38 niem.

zywać z następujących powodów. Przepisy §§ 1—4 rzeczonej ustawy dotyczą niewątpliwie przestępstw wojskowych, co wynika tak z tekstu danych

---

ustawy o służbie wojskowej z 2 maja 1874 (str. 45 Dz. U. Rz.), osoby stanu urlopowanych od dnia powołania ich do czynnej służby były już czynnymi wojskowymi, choćby jeszcze faktycznie do szeregu nie zgłosiły się. Nie otyczyło to jednak „tymczasowo do ojczyzny urlopowanych rekrutów i ochotników" (§ 56 p. ż ust. wojsk.), t. j. takich osób które nigdy faktycznie nie służyły w szeregach i które przechodziły ze stanu urlopowanych do czynnej służby dopiero z chwilą przyjęcia ich na utrzymanie przez zarząd wojskowy, względnie definitywnego wcielenia ochotnika do szeregu.

Nie dotykając kwestji, kogo dzis w myśl przepisów wojskowego kodeksu uważać należy za osobę stanu urlopowanych, stwierdzić należy, że budzące już poprzednio pewne wątpliwości przepisy §§ 64 i 68 w. k. k. wobec przepisu art. 16 rozp. R. M. poz. 369) 21 Dz. U. przedstawiają poważne trudności interpretacyjne co do tego, jak przedstawia się kwestja nieusłuchania rozkazu powołującego do służby wojskowej, zwłaszcza w czasie pokoju.

Ażeby należycie ocenić doniosłość wyłaniających się wątpliwości należy uprzytomnić sobie, że w § 68 w. k. k. w pierwotnej jego redakcji, była mowa o tych osobach, które przed wydaniem rozkazu powołującego były osobami stanu urlopowanych, a więc tak o osobach, które już wskutek powołania stawały się automatycznie czynnymi wojskowymi (odwołanie urlopu), jak i osobach, które nie wskutek wydania rozkazu, lecz przez rzeczywiste zgłoszenie się do szeregów traciły charakter osób stanu urlopowanych (urlopowani rekruci, niewcieleni ochotnicy). Przepis § 68 w. k. k. obejmował osoby obu kategorji, a więc i takich, którzy mimo powołania zachowywały aż do rzeczywistego zgłoszenia się charakter osób stanu urlopowanych. Że tylko tak można pojmować § 68 w. k. k. w pierwotnej redakcji, na to wskazuje ta okoliczność, że inaczej urlopowani rekruci i niewcieleni ochotnicy byliby surowiej traktowani, aniżeli np. rezerwiści, którzy z natury rzeczy powinni być traktowani albo tak samo, albo surowiej.

Nastręczający już w pierwotnej redakcji pewne wątpliwości przepis § 68 w. k. k. został—jak wspomniano — przez nowelizację jeszcze bardziej zaciemniony. Pomijając okoliczność, że wobec zupełnego chaosu odnośnie do przepisów normujących obowiązek służby wojskowej nastręczają się poważne trudności na tle pojęcia „osób stanu urlopowanych", należy obecnie w kwestji odpowiedzialności za nieusłuchanie rozkazu powołującego do służby wojskowej liczyć się z możliwością dwu następujących zapatrywań:

a) Mimo nadania § 68 w k. k. nowej redakcji w przepisie tym jest nadal mowa o osobach stanu urlopowanych w szerszem tego słowa znaczeniu (a więc tak o osobach które już z dniem wydania rozkazu, powołującego tracą ten charakter automatycznie, jak i o takich, które dopiero przez rzeczywiste zgłoszenie się do szeregu przechodzą ze stanu urlopowanych w stan czynny), że więc a contrario osoby jednej i drugiej kategorji w czasie pokoju nie mogą być nigdy karane w myśl § 64 w k. k. lecz w myśl 92 (113) tegoż kodeksu.

b) Przepis § 68 w k. k. w nowej redakcji dotyczyć może jedynie osób urlopowanych w ściślejszem tego słowa znaczeniu, które przez wydanie rozkazu powołującego nie przechodzą automatycznie ze stanu urlopowanych w stan czynnej służby, lecz dopiero z chwilą rzeczywistego zgłoszenia się do służby. Osoby takie w czasie wojny odpowiadałyby w myśl § 68 w k. k. (o ile nieobecność trwa mniej niż 3 dni—w myśl § 92 (113) w k. k., w czasie zaś pokoju zawsze w myśl § 92 (113) w k. k.

Należałoby może raczej uznać słuszność zapatrywania pod b) wyrażonego. Osoby stanu urlopowanych z chwilą wydania rozkazu powołującego z zasady przechodzą automatycznie do kategorji czynnych wojskowych, niema tedy powodu, aby nie stosować względem nich § 64 w k. k. a co za tem idzie nie rozważać ewentualności, czy osoba taka przez niestawiennictwo nie dopuszcza się dezercji (§ 69 w k. k.). Przepis § 68 w obecnej redakcji obejmowałby zatem jedynie tych, którzy przez sam fakt powołania nie przechodzą jeszcze automatycznie do czynnej służby wojskowej (por. §§ 38 i 52 p. 2 niem. ust. wojsk).

rzyjąwszy zapatrywanie pod b) nie stwierdzamy jeszcze tem samem, że osoba stanu urlopowanych, której urlop odwołano odpowiada przed sądami wojskowemi za przestępstwa pospolite, popełnione w czasie między wydaniem rozkazu, powołującego do służby, a rzeczywistem zgłoszeniem się do niej. Pojęcie „służby" w art. 2 rozp. poz. 368/20 Dz. U. nie pokrywa się z pojęciem „służby" w rozumieniu § 6 w k. k. W art 2 rzeczonego rozporządzenia jest mowa o rzeczywistej służbie (po zgłoszeniu się do szeregów), co wynika choćby z postanowienia p. 2 rzeczonego art. 2, który jurysdykcji wojskowel co do przestępstw pospolitych poddaje dezerterów zbiegłych ze służby wojskowej, a więc nie takich, którzy mieliby np. odpowiadać za dezercję w myśl §§ 64 i 69 w k. k. popełnioną przez niezgłoszenie się w razie rozkazu powołującego do czynnej służby, w zamiarze trwałego uchylenia się od niej. Przepisy kompetencyjne art. 2 i nast. rozp. poz. 368/20 Dz. U. nie są wyczerpujące i pomocniczo sięgać należy

przepisów, jak i z § 6 wspomnianej ustawy. Przepis art. 1 ustawy z 25 lipca 1919 r. Dz. Pr. № 65, poz. 389 o tymczasowem sądownictwie wojskowem, który niewątpliwie uzyskał moc obowiązującą na obszarze b. zaboru austrjackiego, w związku z art 2 rzeczonej ustawy wskazuje na to, że w zakresie przestępstw wojskowych stosuje się na obszarze całego Państwa kodeks karny wojskowy z r. 1872, w zakresie zaś przestępstw pospolitych powszechne ustawy karne materjalne w poszczególnych dzielnicach obowiązujące. Jasno przebija tedy myśl ustawodawcy, że jedynem źródłem jednolitego prawa, dotyczącego przestępstw wojskowych ma być kodeks z r. 1872. Tem samem wszystkie przepisy ustaw dzielnicowych, dotyczące przestępstw wojskowych, ustąpić mają przed normami kodeksu jednej dzielnicy, który to kodeks rozciągnąć należy na inne dzielnice Tę samą zresztą zasadę wypowiada art. 1 rozporządzenia Rady Ministrów poz. 369/20 Dz. U. w przedmiocie wprowadzenia w życie wojskowego kodeksu karnego, przepis zaś art. 54 rozporządzenia Rady Ministrów poz. 369/20 Dz. U. zawiera jedynie przykładowe wyliczenie uchylonych przepisów, na co wskazuje jasno wyraz „w szczególności" (a nie „mianowicie").

Ponadto kwestję nieusłuchania rozkazu, powołującego do służby wojskowej, regulują obecnie jedynie przepisy wojskowego k. k., tak, że przepisy ustawy z 28 czerwca 1890 r. wobec tych przepisów ustąpić muszą, jako z nimi kolidujące.

Co do mocy obowiązującej § 222 austr. ustawy karnej mogą również powstać wątpliwości. Przepis ten bowiem wspomina o „c. k. służbie wojskowej" oraz o ustawach obowiązujących w „c. k. wojsku", tymczasem obecnie niema ani „c. k. służby wojskowej", ani „c. k. wojska". W prawie karnem, odnośnie do przepisu, określającego istotę przestępstwą, nie można stosować analogji. Można jednak argumentować, że objekt, wymagający ochrony prawnej, nadal istnieje, utracił jedynie dawny tytuł, co jest rzeczą nieistotną i nie powinno wpływać na moc obowiązującą przepisu prawnego [1]).

także do przepisu art. 1 rozp. poz. 369/20 Dz. U. („W polskiem sądownictwie wojskowem. . . "), aby uzasadnić właściwość sądów wojskowych odnośnie do przestępstw, przewidzianych w kodeksie wojskowym, popełnionych przez czynnych wojskowych, którzy jeszcze nie zgłosili się do szeregów; to samo dotyczy osób stanu urlopowanych odnośnie do przestępstw, przewidzianych w kodeksie wojskowym, których owe osoby dopuściły się, będąc np. w rezerwie i przed powołaniem do czynnej służby (porów. np. §§ 100, 101, 113, 122, 126 itp. k k. w.)) jasną jest bowiem rzeczą, że skoro ustawodawca polski w kodeksie wojskowym pozostawił tego rodzaju przepisy, co §§ 6, 113, 136 itp. chciał widocznie, aby je stosowano, a przeoczenie redakcyjne art. 2 rozp. poz. 368/20 Dz. U. da się wyrównać przepisem art. 1 rozp. poz. 369/20.

Widzimy z powyższego, że przyjąwszy tę lub ową wykładnię przepisów wojskowego kodeksu, odnośnie do nieusłuchania rozkazu powołującego do czynnej służby wojskowej można prowadzić spory jedynie na tle §§ 64, 68, 69, 92 (113) w k. k. Nie wchodzi natomiast w grę ustawa z 28/6 1890, jako „lex prior". Gdy uchylone są §§ 1 — 4 rzeczonej ustawy, uchylony jest również § 6 w drodze działania refleksowego („Kto do jednej ze zbrodni lub jednego z występków w ustawie niniejszej wzmiankowanych. . . . uwodzi. . . . ma ulec karze, przewidzianej w ustawie niniejszej . .".

[1]) Przepis § 222 opiewa: „Kto żołnierza do c. k. służby wojskowej zobowiązanego..... do wiarołomnego opuszczenia służby..... albo do jakiegobądź, podług ustaw karnych dla c. k. wojska obowiązujących, za zbrodnię uważać i karać się mającego naruszenia..... uwodzi, wzywa.....". Odnośnie np. do art. 87 franc. kod. kar. (L'attentat, dont le but est, soit de détruire ou de changer le Gouvernement..... soit d'exciter..... à s'armer contre l'autorité imperiale) słyszy się zdanie „bien que l'art. 87 se réfère au régime monarchique, il est applicable à l'attentat commis contre le gouvernement républicain" (Dalloz 1920), chociaż znowu z drugiej strony zdanie to mogłoby się odnosić jedynie do tej części tego artykułu, gdzie mowa o „Gouvernement", tembardziej, że ustawa z 10 czerwca 1853 uważała za stosowne zmienić poprzednią redakcję art. 87, przemianowując „l'autorité royale" na „l'autorité imperiale", zaś ustawa z 28 kwietnia 1832 uznała za stosowne zmienić „l'autorité imperiale" na „l'autorité royale".

W Austrji z chwilą wprowadzenia t. zw. wspólnej siły zbrojnej (c. i k. armji) w odróżnieniu od obrony krajowej (c. k. względnie kr. węg. armji), wątpliwości podobne—o ile wiadomo—nie powstały.

Wątpliwości podobne przecina art. 7 rozp. poz. 369/20 Dz. U., atoli jedynie dla zakresu sądownictwa wojskowego.

Według § 5 austr. ust. kar. współwinni i uczestnicy stają się winnymi tej samej zbrodni, co bezpośredni sprawca[1]); modyfikacja zachodzić może jedynie ze względu na przepis ust. 2 § 5 u. k., który normuje sprawę wpływu osobistych warunków, zachodzących po stronie jednego ze sprawców lub uczestników[2]). Myśl, by udział w przestępstwach wojskowych mógł być kwalifikowany jako przestępstwo z § 5 austr. ust. kar. i odpowiedniego przepisu austrjackiego kodeksu karnego wojskowego, w szczególności przepisów części drugiej tegoż kodeksu (jak to uczynił analogicznie sąd Rzeszy) była prawu austrjackiemu zupełnie obca. Nietylko struktura § 5 austr. powszech. ust. kar. i § 11 austr. wojskowego kod. kar. stała temu na przeszkodzie, lecz także konstrukcja § 222 u. k. według, którego jedynie udział w tych przestępstwach wojskowych był karygodny, która według wojskowego kodeksu karnego przedstawiały się, jako zbrodnie wojskowe; udział w występkach wojskowych był z mocy § 222 u. k. bezkarny.

Przepis § 222 austr. ust. kar. jest dość szeroko (w stosunku do austr. wojsk. kod. kar. z r. 1855) ujętym przepisem, zawierającym istotę przestępstwa sui generis. W obecnem położeniu rzeczy przepis ów mógł nieco stracić na granicach, w których poprzednio mógł być zastosowany. Nie można bowiem zapominać, że pojęcie zbrodni, występku i wykroczenia (przekroczenia) zupełnie rozbieżnie ujmują ustawodawstwa obecnie w grę wchodzące t. j. ustawodawstwo austrjackie i niemieckie. Kiedy czyn zagrożony więzieniem (z reguły od sześciu miesięcy) jest według koncepcji prawa austrackiego już zbrodnią, prawo niemieckie, w danym wypadku prawo karne wojskowe, daleko poważniejszą karą zagrożone przestępstwa uważa jeszcze za występki; występkiem bowiem wojskowym jest w myśl § 1 wojsk. k. k. przestępstwo, zagrożone karą pozbawienia wolności nie wyżej lat pięciu, zaś jako kara pozbawienia wolności wchodzi w grę w myśl § 16 wojsk. kod. kar. więzienie, twierdza lub areszt. Z drugiej strony, mimo przesunięcia tej granicy zbrodni nie można kategorycznie twierdzić, by nastąpiło nadzwyczajne pogorszenie ochrony prawnej. Przyczyną tego jest specyficzny układ kar w kodeksie karnym wojskowym, a mianowicie rozciągłe ramy wymiaru kary. Podczas, gdy minimum kary jest z reguły stosunkowo bardzo nizkie, maximum kary wysunięto dość swobodnie w górę; tem samem czyn poważniejszy, aczkolwiek w praktyce nie musi prowadzić w konkretnym przypadku do zbyt surowego ukarania, uważany jest często za zbrodnię, ponieważ dany przepis ustawy nie ogranicza kary do lat pięciu. Zauważyć wreszcie należy, że aczkolwiek dezercja w myśl kodeksu karnego wojskowego jedynie w wypadkach bardzo kwalifikowanych jest zbrodnią, to mimo to struktura § 222 austr. u. k. mogłaby dać podstawę do stosowania tego przepisu ustawy do dezercji nawet w tych wypadkach, kiedy dezercja w myśl przepisów wojskowego kodeksu karnego nie jest zbrodnią[3]).

Z powyższego wynikałoby, że jeśli uznamy moc obowiązującą § 222 u. k sprawa udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych przedstawiałaby się jako delictum sui generis; o tem, co stanowi istotę dezercji, względnie co należy uważać za zbrodnię wojskową, decydowałby kodeks karny z r. 1872. Ustawę z dnia 28 czerwca 1890 r. № 137 Dz. U. należałoby uznać za uchyloną, wobec czego podżeganie do nieusłuchania rozkazu powołującego do służby wojskowej mogłoby chyba ulegać karze w myśl

---

[1]) Finger Strafrecht 1912 T. I str. 550.

[2]) Zob. np. co do udziału w dzieciobójstwie O. N. T. z 19/3 1880 Zb. nr 242.

[3]) Verba legis: „Kto żołnierza . . . . . do wiarołomnego opuszczenia służby . . . . albo jakiegobądź, podług ustaw karnych . . . . . za zbrodnię uważać i karać się mającego naruszenia . . . . . uwodzi, wzywa . . . . . ".

przepisu natury ogólniejszej t. j. przepisu § 222 u. k. o tyle, o ile podżegano do takiego nieusłuchania rozkazu powołującego do służby wojskowej, które w myśl przepisów wojskowego kodeksu kaznego kwalifikowane być winno jako dezercja, choćby jako występek dezercji.

Z tego jednak, co poprzednio pod I powiedziano, wynika, że po wprowadzeniu w b. zaborze austrjackim nowych ustaw sądowo-wojskowych, wyłonić się może kwestja, czy ze względu na przepis art. 9 rozporządzenia z dnia 10 maja 1920 poz. 369 Dz. U. nie nastąpiła zasadnicza zmiana odnośnie do udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych. Jeśli bowiem słuszną jest interpretacja, że art. 9 wspomnianego rozporządzenia może być podstawą karygodności osób cywilnych w przestępstwach wojskowych poza granicami przepisów sui generis prawa karnego powszechnego, innemi słowy, jeśli wspomniany art. 9 miałby się stać podstawą podobnej interpretacji, jaką stosował Sąd Rzeszy ze względu na przepis § 2 wojsk. kod. kar. w takim razie stajemy wobec możliwości, względnie konieczności, stosowania przez sędziego cywilnego § 5 austr. u. k. w związku z temi przepisami wojskowego kodeksu, które stosują się do przestępstwa wojskowego, do którego podżegano, pomagano i t. p. Nie zmienia postaci rzeczy okoliczność, że w prawie karnem powszechnem istnieją przepisy sui generis, stosujące się do pewnych wypadków udziału w przestępstwach wojskowych (np. § 222 u. k.). Według tego co wyżej pod I powiedziano, nie można nawet twierdzić, że w drodze argumentum a contrario należy uznać bezkarność udziału osób cywilnych w tych przestępstwach wojskowych, które są jedynie występkami. Widzieliśmy bowiem, że według orzecznictwa Sądu Rzeszy przepisy sui generis prawa karnego powszechnego (np. §§ 112 i 114 k. k. niem.) nie wykluczały wcale stosowania §§ 48 i 49 powszech. k. k. i § 2 wojsk. kod. kar. odnośnie do innych przestępstw wojskowych, a mianowicie takich, które nie mieszczą się w ramach §§ 112 i 141 niem. k. k. Idąc za zapatrywaniem Sądu Rzeszy należałoby tedy w b. zaborze austrjackim ze względu na przepis § 5 austr. u. k. i art. 9 rozp. poz. 369/20 Dz. U. stosować i poza wypadkami delicti sui generis do osób cywilnych odpowiedni przepis kodeksu wojskowego; powstałoby conajwyżej pytanie, czy należy także stosować ust. 2 § 5 u. k., czy też w jego miejsce art. 28 (40) wspomnianego rozporządzenia, zaś co do kar. art. 27 (40) tegoż rozporządzenia.

Stoimy zatem wobec następującego stanu prawnego:

Jeśli staniemy na stanowisku, że § 2 wojsk. kod. kar. względnie przepis art. 9 rozp. poz. 369/20 Dz. U. należy interpretować tak, jak go interpretował Sąd Rzeszy, wówczas:

1) Jeśli § 222 austr. u. k. obowiązuje, należy przepis owego § stosować do udziału w dezercji, tudzież do udziału w tych przestępstwach, które w myśl kodeksu karnego wojskowego są zbrodniami. Do udziału zaś w występkach wojskowych należałoby stosować art. 9 rozp. poz. 369/20 Dz. U. i odpowiedni przepis materjalnego prawa karnego wojskowego; w tym wypadku sędzia cywilny musiałby względem osoby cywilnej stosować kodeks karny wojskowy, zaś przy wymiarze kary uciekać się do analogicznych kar cywilnych.

2) Jeśli zaś przepis § 222 austr. u. k. przestał obowiązywuć, wówczas do udziału we wszystkich przestępstwach wojskowych, bez względu na to, czy są one zbrodniami, czy występkami należałoby stosować jedynie art. 9 wspomnianego rozporządzenia, tudzież ten przepis materjalnego prawa karnego wojskowego, który powinien być stosowany do czynu głównego sprawcy.

Jeśli natomiast odrzucimy interpretację Sądu Rzeszy, jako mylną, wówczas:

1) Jeśli § 222 u. k. obowiązuje, można mówić o karygodności udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, które są bądź dezercją, bądź zbrodniami; bezkarny byłby natomiast udział w występkach wojskowych.

2) Jeśli zaś § 222 u. k. nie obowiązuje, wówczas udział osób cywilnych we wszystkich przestępstwach wojskowych jest bezkarny, bez względu na to, czy chodzi o zbrodnię, czy występek wojskowy.

II.

Zachodzi jednak pytanie, czy w rozporządzeniach wykonawczych, ogłoszonych w № 59 Dz. U. nie znajduje się przepis, któryby mógł mieć wpływ decydujący na rozstrzygnięcie pytania, jak w związku z nowem ustawodawstwem sądowo-wojskowem przedstawia się sprawa udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych.

Przepisem takim może być art. 1 rozporządzenia z dnia 10 maja 1920 r. poz. 369/20 Dz. U. stanowiący, że „w polskiem sądownictwie w o j s k o w e m stosuje się kodeks karny wojskowy z dnia . . . . ze zmianami i uzupełnieniami w poniższych artykułach przewidzianemi".

Bez względu na to, czy słuszne jest zapatrywanie tych teoretyków, którzy spór o wykładnię § 2 wojsk. kod. kar. sprowadzają na właściwy grunt t. j. na grunt podmiotowego zakresu działania wspomnianego kodeksu, czy też rację ma Sąd Rzeszy i ci teoretycy, którzy przyłączają się do zdania wspomnianego sądu, przepis § 1 rzeczonego rozporządzenia mimo swej niepozorności może zasadniczo przesądzić sprawę na niekorzyść zapatrywania, którego wyznawcą był Sąd Rzeszy. Przepis ten prowadzi bowiem do wniosku, że postanowienie art. 9 rozporządzenia poz. 369/20 Dz. U. nie może być stosowane w polskiem sądownictwie c y w i l n e m, jak to twierdził odnośnie do analogicznego § 2 niem. kod. kar. Sąd Rzeszy. To samo dotyczy także art. 28 (40) rzeczonego rozporządzenia, co wynika ze słów „ze zmianami i uzupełnieniami w poniższych artykułach przewidzianemi" (art. 1).

Należałoby tedy przyjąć, że dla zakresu prawa karnego powszechnego z mocy art. 1 rozporządzenia poz. 369/20 Dz. U. p r a k t y k a S ą d u R z e s z y j e s t o b e c n i e w y k l u c z o n a i to nietylko w b. zaborze rosyjskim i austrjackim, lecz t a k ż e w b. z a b o r z e p r u s k i m; innemi słowy pytanie, które Sąd Rzeszy rozstrzygał w sensie dodatnim, a mianowicie pytanie, czy sędzia cywilny może się znaleźć w położeniu stosowania względem osoby cywilnej kodeksu karnego wojskowego przy kwalifikowaniu czynu, zarzuconemu oskarżonemu, rozstrzyga obecnie przepis art. 1 rozporządzenia poz. 369/20 Dz. U. w tym duchu, że kodeks karny wojskowy stosowany być ma „w polskiem sądownictwie wojskowem."

Należy wreszcie zaznaczyć, że Sąd Rzeszy nie napotkał w ustawodawstwie niemieckiem podobnej przeszkody, jaką stanowi obecnie przepis art. 1 rozporządzenia poz. 369/20 Dz. U; przepis bowiem § 1 ustawy wprowadzającej kodeks karny wojskowy[1]) postanawiał jedynie ogólnikowo, że „kodeks karny wojskowy otrzymuje moc obowiązującą na całym obszarze Rzeszy niemieckiej . . . . . " nie przesądzając tych kwestji, które są przedmiotem niniejszego rozważania.

III.

Powyższe załatwienie sprawy w zakresie sądownictwa cywilnego nie wyczerpuje jeszcze zagadnienia, będącego przedmiotem niniejszego rozwa-

[1]) Zob. ustawę z dnia 20 czerwca 1872 str. 173 Dz. U. Rz.

żania; chodzi mianowicie o dotknięcie w kilku słowach danej kwestji w dziedzinie sądownictwa wojskowego, tem bardziej, że sądownictwo to w pewnych wyjątkowych wypadkach wychodzi z granic swego normalnego zakresu działania, obejmując także osoby cywilne (zob. np. art. 4 rozporządzenia poz. 368/20 Dz. U.).

Dotykając danej materji w dziedzinie prawa karnego wojskowego musimy sobie przedewszystkiem zdać bardzo jasno sprawę z następujących okoliczności:

Należy ściśle odróżnić stronę materjalno prawną zagadnienia, w danym wypadku sprawę podmiotowego zakresu działania kodeksu karnego wojskowego odnośnie do osób cywilnych i sprawę formalno-prawną t. j. sprawę właściwości sądów wojskowych względem osób cywilnych.

Z okoliczności, że pewna osoba podlega sądownictwu wojskowemu nie wynika bynajmniej, by dane karygodne działanie lub zaniechanie miało być oceniane przez sąd wojskowy według zasad kodeksu karnego wojskowego. Pozostawiony prawdopodobnie przez niedopatrzenie przepis § 7 wojskowej procedury karnej, stanowiący, że „sądy wspólnej siły zbrojnej mają stosować do osób podlegających ich sądownictwu, nawet jeżeli one nie należą do związku wojskowego, prawo karne, obowiązujące dla wspólnej siły zbrojnej" uchylony został art. 2 rozporządzenia Rady Obrony Państwa z dnia 30 lipca 1920 roku. № 71 Dz. U. poz. 479. O ile chodzi o przestępstwa pospolite (a więc przestępstwa poza kodeksem karnym wojskowym) sprawa wątpliwości nie budzi, ponieważ także i osoby wojskowe są pod tym względem zupełnie zrównane z osobami cywilnemi (art. 2 rozporządzenia poz. 369/20 Dz. U.). O ile zaś chodzi o przestępstwa wojskowe (zbrodnie i występki, przewidziane w kodeksie karnym wojskowym) poddanie osoby niewojskowej materjalnemu prawu karnemu wojskowemu nastąpić może jedynie z mocy przepisu specjalnego. Takie przepisy mieszczą się w tytule trzecim cz. II kodeksu karnego wojskowego, mogą też mieścić się w przepisach szczególnych [1]).

Przepisy zamieszczone w tytule I Działu I rozporządzenia z dnia 10 maja 1920 poz. 368 Dz. U. są przepisami prawa formalnego, w szczególności przepisami kompetencyjnemi, które zupełnie nie przesądzają kwestji prawa karnego materjalnego; o ile brak przepisu szczególnego, poddającego daną osobę mocy materjalnego prawa karnego wojskowego, wówczas przestępstwo oceniane być winno przez sąd wojskowy według przepisów prawa karnego powszechnego.

Poddanie osób cywilnych sądownictwu wojskowemu może wprawdzie mieć doniosły wpływ w zakresie prawa karnego materjalnego; uwidacznia się ów wpływ w formie zwiększenia w pewnych wypadkach sankcji karnej jak np. w wypadku zbrodni z § 67 a str. u. k (por. art. 49 rozp. poz. 369/20 Dz. U. „względem wszystkich osób podlegających właściwości sądów wojskowych") lub pośrednio przez umożliwienie stosowania wojskowego postępowania doraźnego np. w wypadku nieuprawnionego werbowania (por. art 4 i 59 rozp. poz. 368/20 Dz. U. tudzież § 444 proc. kar. wojsk.). Nie uchyla to jednak zasady, że regułą być musi ocenianie przestępstwa według prawa karnego powszechnego, a nie wojskowego.

Poddanie osoby cywilnej materjalnemu prawu karnemu wojskowemu uzasadnia odpowiedzialność tej osoby według zasad kodeksu karnego wojskowego. Osoba taka z zasady (od której są liczne wyjątki) dopuścić się może przestępstw, przewidzianych w kodeksie karnym wojskowym. Jednak specyficzny charakter danego przepisu, wyklucza często stosowanie jego

---

[1]) Zob. rozp. Rady Obrony Państwa z dnia 6 sierpnia 1920 № 75 Dz. U. poz. 511 (obecnie uchylone).

względem osoby, która aczkolwiek poddana mocy materjalnego prawa karnego wojskowego nie należy do osób wojskowych.

Sprawa udziału w przestępstwach wojskowych osób cywilnych poddanych mocy materjalnego prawa karnego wojskowego należy wprawdzie także do zakresu niniejszego rozważania, niemniej jednak rozmiary niniejszego rozważania nie pozwalają na szczegółowe badanie, których przestępstw przewidzianych w kodeksie karnym wojskowym może dopuścić się osoba cywilna poddana mocy prawa wojskowego, a których nie może się dopuścić; są to kwestje nieraz nie tak łatwe do rozstrzygnięcia, w materji tej spotyka się wiele zdań sprzecznych i rozbieżnych wyroków; uzasadnianie tego lub innego zapatrywania przy tem lub owem przestępstwie mogłoby stanowić przedmiot zupełnie odrębnego rozważania tem bardziej, że sprawa należy wyłącznie już do zakresu prawa karnego wojskowego [1]).

Obecnie chodzi nam o następującą rzecz zasadniczą;

1) Czy osoba cywilna poddana mocy materjalnego prawa karnego wojskowego może dopuścić się udziału (a mianowicie podżegania i pomocnictwa) w takich przestępstwach wojskowych, których sama, mimo poddania jej mocy ustaw karnych dopuścić się nie może wskutek tego, że ustawodawca, czyto wyraźnie, czy w sposób konkludentny wykluczył stosowanie danego przepisu względem osób nie wojskowych, stanowiąc, że danego przestępstwa dopuścić się może jedynie wojskowy;

2) Czy interpretacja § 2 wojsk. kod. kar. stosowana przez Sąd Rzeszy może przenieść się na grunt prawa stosowanego przez sądy polskie w tem znaczeniu, że art. 9 rozporządzenia poz. 369 20 Dz. U. mógłby się stać podstawą stosowania przez s ą d y w o j s k o w e kodeksu karnego wojskowego do udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych także w tych wypadkach, kiedy dana osoba poddana jest wprawdzie sądownictwu wojskowemu, j e d n a k n i e m o c y m a t e r j a l n e g o p r a w a k a r n e g o w o j s k o w e g o.

Ad. 1). Na pytanie powyższe z punktu widzenia ustawodawstwa obecnie obowiązującego należy bezwzględnie odpowiedzieć twierdząco. Przepisy o udziale w przestępstwie względnie o współwinnych i uczestnikach w dzielnicy pruskiej i austrjackiej nie pozostawiają co do tej kwestji wątpliwości, że można się stać winnym karygodnego podżegania lub pomocnictwa do takiego względnie w takiem przestępstwie, które podżegacz lub pomocnik nie może dopuścić się w charakterze sprawcy głównego (np. w nadużyciu władzy urzędowej). Specyficzne postanowienie prawa rosyjskiego, wykluczające udział osób postronnych w przestępstwach szczególnych jest z zakresu prawa karnego wojskowego wyeliminowane, albowiem postanowienie art. 51 cz. 4 k. k. z r. 1903 nie stosuje się w sądownictwie wojskowem ze względu na specjalne postanowienie art. 28 rozporządzenia poz. 369/20. Osoba cywilna, poddana mocy materjalnych ustaw wojskowych, choćby sama nie mogła dopuścić się danej zbrodni lub występku wojskowego, może stać się winną udziału w tych przestępstwach; nie należałoby więc wątpić, że np. służący cywilny, towarzyszący osobie wojskowej na plac boju (orszak—§ 155 k. k. w.) podżegający owego huzara (zob. orzeczenie sądu Rzeszy T. 25 str. 234) do czynnego targnięcia się na przełożonego powinien być ukarany przez sąd wojskowy w myśl §§ 48, niem. k. k. § 5 austr. u. k. i art. 51 k. k. z r. 1903, art. 9 rozp. poz. 369/30 tudzież § 97 wojsk. k. k. Nie powinno też ulegać wątpliwości, że korespondent wojenny, poddany z mocy § 155 wojsk. k. k. mocy materjalnych przepisów prawa karnego wojskowego dopuścić się może udziału w występku z § 114 tegoż kodeksu (nadużycie

[1]) Zob. ciekawe wywody Romana i Rissoma (kod. kar. wojsk. wyd. Guttentaga 1916) do № 155 K. K. W. a mianowicie uwagę 9 lit. a)—k).

władzy służbowej), chociać sam nie będąc przełożonym nie może dopuścić się występku z § 114 w charakterze głównego sprawcy.

Ad. 2). Sprawa udziału osób cywilnych, które nie są poddane mocy materjalnego prawa karnego wojskowego rozstrzygniętą być musi według zasad prawa karnego powszechnego; poddanie bowiem osób cywilnych pod jurysdykcję sądów wojskowych bez równoczesnego poddania tych osób mocy materjalnego prawa wojskowego, nie oznacza nic innego, jak tylko przesunięcie kompetencji z sądów cywilnych na wojskowe.

Nie da się jednak zaprzeczyć, że dzięki zignorowaniu przez Sąd Rzeszy właściwej granicy podmiotowego zakresu działania kodeksu wojskowego, niebezpieczeństwo mylnej interpretacji § 2 wojsk. k. k. przenieść się może obecnie w dziedzinę polskiego s ą d o w n i c t w a w o j s k o w e g o w wypadkach w których chodzi o osoby poddane jedynie w zakresie prawa formalnego mocy ustaw wojskowych, w zakresie bowiem sądownictwa wojskowego brak przepisu, któryby (podobnie, jak art. 1 rozp. poz. 369/20 w zakresie sądownictwa cywilnego) wykluczał także w zakresie sądownictwa wojskowego wspomniane błędy interpretacyjne.

Jak więc wspomniano spór dotyczący udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych wyłania się na tle rozporządzeń ogłoszonych w № 59 Dz. U. jedynie w tym wypadku, gdy chodzi o osoby cywilne poddane jurysdykcji sądów wojskowych bez równoczesnego poddania ich przepisom materjalnego prawa wojskowego. Spór ten łatwo stać się może aktualny z tego powodu, że art. 4 rozporządzenia z 10 maja 1920 poz. 368/20 Dz. U. wyraźnie wspomina o udziale w przestępstwach wojskowych (. . . . nakłanianie żołnierza do przestępstw wojskowych i pomoc w popełnieniu tych że . . . . .").

Nie powinno ulegać wątpliwości, że przepis art. 4 wspomnianego rozporządzenia jest jedynie przepisem prawa formalnego, mianowicie przepisem kompetencyjnym. Na to wskazuje tak tytuł przed art. 1 rozporządzenia poz. 368/20 Dz. U. („właściwość osobowa sądów wojskowych"), jak również niewątpliwy związek organiczny rzeczonego art. 4 z innemi przepisami Działu I tytułu I rozporządzenia Rady Ministrów, jak niemniej interpretacja historyczna (por. § 10 i nast. austr. ustawy z dnia 5 lipca 1912 r. 130 Dz. U. P.); nadto poddania mocy wojskowych ustaw karnych materjalnych domniemywać się nie wolno, albowiem chodzi o przepisy wyjątkowe.

Spór wynikający na tle obecnego art. 9 rozporządzenia Rady Ministrów poz. 368/20 Dz. U. powinien być — mimo odmiennych precedensów ze strony Sądu Rzeszy — rozstrzygnięty w sensie ujemnym także w tym wypadku, gdy chodzi o osoby cywilne p o d d a n e m o c y f o r m a l n y c h u s t a w k a r n y c h w o j s k o w y c h. Uzasadnienie tego poglądu nastąpiło już wyżej (I. A), obecnie zaś wystarczy przypomnieć tylko całą nielogiczność zdania przeciwnego, który jedno z najbardziej doniosłych przestępstw wojskowych t. j. dezercję czyniłoby czynem wysoce uprzywilejowanym pod względem karygodności w porównaniu z innemi nieraz daleko mniej doniosłemi przestępstwami.

IV.

Z powyższego wynika, że przed orzecznictwem sądowem tak cywilnem jak i wojskowem staje zadanie zrewidowania zapatrywania, jakiemu hołdował Sąd Rzeszy w danym przedmiocie.

Pozwalamy sobie twierdzić, że rewizja poglądów Sądu Rzeszy jest dawno aktualną nawet w takim systemie prawnym, w którym nie spotykamy przepisu analogicznego do art. 1 rozporządzenia z 10 maja 1920 poz. 369 Dz. U. Obecnie wobec przepisu nowego, który może mieć decydujące

znaczenie dla kwestji udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, rewizja wspomnianego zapatrywania prawnego jest nieuniknioną koniecznością, przynajmniej o ile chodzi o zakres sądownictwa cywilnego.

Również — jak to wyżej wskazano — sprawa w dziedzinie sądownictwa wojskowego jest aktualna odnośnie do udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych w tych wypadkach, kiedy osoby owe nie są poddane mocy materjalnego prawa karnego wojskowego; również na tem polu decyzja winna wypaść odmiennie od decyzji Sądu Rzeszy i dać początek wykładni trzymającej się ściśle granic podmiotowego zakresu działania kodeksu karnego wojskowego.

Jak już wyżej (I A) wspomniano odrzucenie zasady, że udział osób cywilnych przedstawiać się może jako przestępstwo przewidziane i kwalifikowane według kodeksu karnego wojskowego odsłonić może lukę ustawodawczą; jakiej doniosłości jest ta luka okaże się dopiero wówczas, gdy osobno rozważymy sprawę tz. przestępstw czysto wojskowych (mere militaria) osobno zaś sprawę tz. mięszanych, t. j. takich, które oceniane z punktu widzenia prawa powszechnego nie są bezkarne (przestępstwa wojskowo kwalifikowane). Obecnie—choćby ze względu na niezbędność streszczania się—nie będziemy mogli szczegółowo, mając na uwadze poszczególne postanowienia kodeksu karnego wojskowego, rozpatrywać kwestję doniosłości owej luki ustawodawczej. Rozmiar owej luki zależy także od należytego ujęcia sprawy tz. przestępstw ściśle wojskowych. Jeśli np. słuszne jest zapatrywanie, (orzecz. Sądu Rzeszy T. 25. 25 str. 234), że przestępstwo z § 97 wojsk. kod. kar. jest zawsze przestępstwem mere militare, wówczas luka ustawodawcza byłaby bardzo doniosła, albowiem ten kto podżegał żołnierza do czynnego targnięcia się na przełożonego byłby wolny od kary nawet w tych wypadkach, kiedy następstwem takiego targnięcia się na przełożonego było ciężkie uszkodzenie a nawet śmierć przełożonego. 1) Ze względu na konieczność znalezienia wyjścia z ciężkiej sytuacji nasunęła się też wówczas myśl zastowania § 2 wojsk. kod. kar., aczkolwiek może istotnie (Goldschmidt) byłoby zupełnie legalne i wygodne wyjście z trudnej sytuacji, jeśliby ze względu na § 50 k. k. powszech. skwalifikowano dany udział nie według normy kodeksu karnego wojskowego, lecz według norm powszechnego prawa karnego (§§ 223, 223 a), uznając tem samem przestępstwo z § 97, wojsk. kod kar. za przestępstwo „wojskowo kwalifikowane".

Nie da się zaprzeczyć, że wprowadzenie nowych ustaw sądowo wojskowych odbija się poważnem echem w zakresie prawa karnego powszechnego. Tak sędzia, jak i ustawodawca stają wobec nowych kwestji, w wielu wypadkach wyłania się kwestja uzgodnienia w punktach stycznych obu ustawodawstw tj. ustawodawstwa karnego powszechnego z ustawodawstwem karnem wojskowem.

Czy nowela ustawodawcza jest bezwzględnie konieczna? Raczej byłaby pożądana ze względu na to, że usunęłaby szereg wątpliwości i niejasności, jakie mimo tej lub owej wykładni obecnych przepisów zupełnie usunąć się nie dadzą. Spór taki, jak to wyżej wskazano w całej pełni może istnieć jeszcze w zakresie sądownictwa wojskowego odnośnie do osób cywilnych poddanych jurysdykcji sądów wojskowych, nie poddanych atoli mocy materjalnych ustaw karno-wojskowych.

---

1) Porów. Goldschmidt „Widerstand g. d. Staatsgeward", Ref. d. Stg. T II. 19 r. 1[illegible]: według zapatrywania tego autora sytuacja nie jest wcale rozpaczliwa.

Nowelizacja mogłaby iść poniekąd po myśli Goldschmidta (Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs T. II str. 101 drogą uzupełnienia tak prawa karnego powszechnego, jak i postanowień rozporządzenia Rady Ministrów dnia 10 maja 1920 № 369 Dz. U.; uzupełnienie prawa karnego powszechnego w sposób ściśle odpowiadający projektowi Goldschmidta, względnie kontrprojektowi byłoby możliwe jedynie w b. zaborze pruskim, ze względu na to, że tylko w owem ustawodawstwie znajduje się specyficzne postanowienie § 10 k. k., które możnaby organicznie połączyć z przepisem stanowiącym, w jakiej mierze osoby cywilne poddane być mogą mocy materjalnych przepisów karno-wojskowych.

Załączony projekt (zob. dodatek) zawiera szkic ewentualnej noweli, któraby w zasadzie uchylała wątpliwości, wyłaniające się na tle udziału osób cywilnych w przestępstwach wojskowych, przy uwzględnieniu nowego stanu prawnego, stworzonego przez wydanie rozporządzeń majowych[1]).

Sprawę należałoby załatwić przy sposobności konstytucyjnego zatwierdzenia rozporządzeń Rady Ministrów z 10 maja 1920 № 59 poz. Dz. U. (zob. art. 5 ustawy z 25 lipca 1919 № 65 poz. 389 i ustawę o Radzie Obrony Państwa ze względu na rozp. poz. 372/3020 i 478/20 Dz. U.), przy czem należałoby w formie autentycznej interpretacji („jest uchylona") wyjaśnić sprawę mocy obowiązującej austr. ustawy z 28 czerwca 1890 № 137 Dz. U. P.

Dodatek.

Ustawa

z dnia ....

w przedmiocie zatwierdzenia rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 maja 1920 r. (Dz. U. № 59 poz. 369) i rozporządzenia Rady Obrony Państwa z dnia 30 lipca 1920 r. (Dz. U. № 71 poz. 478).

Art. 1. Zatwierdza się rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 10 maja 1920 r. № 59 Dz. U. poz. 369 w przedmiocie wprowadzenia w życie wojskowego kodeksu karnego, wraz z rozporządzeniem Rady Obrony Państwa z dnia 30 lipca 1920 r. № 71 Dz. U. poz. 478.

Art. 2. Do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 maja 1920 r. № 59 Dz. U. poz. 369 wprowadza się art. 9 a) w brzmieniu następującem:

„Przy stosowaniu § 3 K. K. W. należy mieć na względzie następujące postanowienie:

Ustawy karne wojskowe stosują się do osób, które nie są wojskowymi jedynie w wypadkach, przewidzianych w tytule trzecim części II kodeksu karnego wojskowego z dnia 20 czerwca 1872, lub innych przepisach szczególnych.

Poddanie osoby, która nie jest wojskowym, właściwości sądów wojskowych nie uzasadnia samo przez się stosowania względem tej osoby materjalnych ustaw karnych wojskowych".

Art. 3. Przepis art. 11 ustawy z dnia 20 lutego 1920 r. № 20 Dz. U. poz. 104 otrzymuje brzmienie następujące:

---

[1]) Załączony projekt nie przesądza kwestji, czy oprócz spraw, poruszonych w niniejszem rozważaniu nie należy przy sposobności konstytucyjnego zatwierdzenia danych rozporządzeń wprowadzić jeszcze innych zmian w materjalnem prawie karnem wojskowem.

Winny udziału w przestępstwach, przewidzianych w kodeksie karnym wojskowym będzie karany aresztem, albo więzieniem do lat dwóch, a w razie popełnienia przestępstwa w czasie wojny lub mobilizacji — więzieniem do lat trzech".

Art. 4. Dla obszaru b. dzielnicy austrjackiej postanawia się co następuje:

§ 1. Kto:

1) osobę powołaną do służby wojskowej skłania lub stara się skłonić do niestawienia się na służbę w terminie oznaczonym jeśli to niestawienie się na służbę ulega karze w myśl ustaw karnych wojskowych;

2) drugiego do innego przestępstwa, przewidzianego w kodeksie karnym wojskowym skłania lub stara się skłonić, lub jest mu w tem pomocny;

będzie karany przez sąd za występek aresztem lub ścisłym aresztem od dni 14 do lat dwóch.

Jeśli zachodzą okoliczności szczególnie obciążające, lub gdy przestępstwo popełniono w czasie wojny lub mobilizacji, winny będzie karany za występek aresztem lub ścisłym aresztem od trzech miesięcy do lat trzech.

Jeśli niestawienie się na służbę, do którego skłaniano lub starano się skłonić stanowi dezercję (§ 69 wojsk. kod. kar.), należy postąpić w myśl § 222 u. k.; to samo stosuje się w wypadku, gdy inne przestępstwo, do którego skłaniano lub starano się skłonić stanowi zbrodnię wojskową.

§ 2. Ustawa z dnia 28 czerwca 1890 № 137 Dz. U. P. jest uchylona.

Art. 5. Do kodeksu karnego z r. 1871, obowiązującego w b. dzielnicy pruskiej wprowadza się § 141 a) w brzmieniu następującem:

„Winny udziału (§§ 47 — 49a) w innem przestępstwie, przewidzianem w kodeksie karnym wojskowym, ulegnie karze więzienia do lat trzech.

W razie okoliczności łagodzących należy wymierzyć karę aresztu".

Art. 6. Ustawa niniejsza, wchodzi w życie dnia 14-ego po dniu ogłoszenia.

Wykonanie ustawy niniejszej porucza się Ministrowi Spraw Wojskowych i Ministrowi Sprawiedliwości, a w b. dzielnicy pruskiej w zakresie sądownictwa powszechnego Ministrowi tej dzielnicy.

Ludwik Domański.

O SYSTEMIE PRZYSZŁEGO KODEKSU CYWILNEGO POLSKIEGO.

Współczesna technika ustawodawcza wymaga, aby projektowana powszechna ustawa cywilna dla Państwa Polskiego była zwięzłą i jednolitą całością tak pod względem systemu zewnętrznego, tj. układu porządkowego przepisów prawnych, jakoteż pod względem systemu wewnętrznego, czyli zasad i idei przewodniej przyszłego kodeksu. Oczywiście system zewnętrzny w znacznej mierze zależy od systemu wewnętrznego, od ujęcia zadań i celów ustawy. Obowiązujące obecnie kodeksy cywilne zarówno na obszarach Państwa Polskiego, jak i w innych krajach pod względem systematyki możemy podzielić na trzy główne systemy norm. prawa cywilnego, odpowiadające pojęciom prawa podmiotowego, przedmiotowego i mieszanego (podmiotowo-przedmiotowego).

Pierwszy system wzorowany jest na Instytucjach Gajusa, który, jak wiadomo, podzielił prawo prywatne, jako zmierzające do zabezpieczenia korzyści jednostek [1]), na prawo osobowe, rzeczowe i procesowe [2]).

Podstawą tego systemu jest prawo osobowe, jakoże prawo wogóle stanowi się dla osób [3]).

Pod wpływem filozofji racjonalistycznej 18 wieku, a zwłaszcza szkoły prawa przyrodzonego, powstałej jeszcze w wieku 17-ym prawnicy z epoki Wielkiej Rewolucji Francuskiej uznali system Gajusa za najlepszy i najbardziej zabezpieczający „prawa przyrodzone człowieka". Zgodnie z pierwszą „Deklaracją praw człowieka i obywatela" (z r. 1791), która, między innemi, uznała, że celem każdego związku politycznego jest obrona praw przyrodzonych człowieka, Cambacérès motywował przed Zgromadzeniem konstytuanty francuskiej podział projektowanego Kodeksu Cywilnego na prawo osobowe, rzeczowe i zobowiązaniowe w sposób następujący: „każdemu człowiekowi w społeczeństwie są niezbędne i dostateczne trzy rzeczy—być panem swej osoby, mieć majątek dla zaspokojenia swych potrzeb i módz rozporządzać ku największej koszyści swej osoby i swego majątku. Wszelkie tedy prawa cywilne sprowadzają się do praw wolności, własności i umów [4]). W myśl powyższej zasady, twórcy Kodeksu Napoleona podzielili Kodeks na trzy księgi, z których pierwsza zawiera przepisy o osobach, druga — o majątku i rozmaitych odmianach własności i trzecia — o rozmaitych sposobach nabywania własności. System wewnętrzny kodeksu Napoleona jest, przedewszystkiem, planowem i konsekwentnem przeprowadzeniem idei wolności indywidualnej, autonomji woli w stosunkach cywilnych, umiarkowanie ograniczonej w interesie ogółu. Kodeks gwarantuje niety-

---

[1]) „Jus est — privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet" (§ 4 Inst. 1, 1).

[2]) „Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones" (§ 12 Inst 1, 2).

[3]) „Parum est ius nosse si personae quarum causa constitutum est, ignorentur" (§ 12. Inst 1, 2).

[4]) „Trois choses sont nécessaires et suffisent à l'homme en société: être maître de sa personne, avoir des biens pour remplir ses besoins, pouvoir disposer pour son plus grand intérêt de sa personne et de ses biens. Tous les droits civils se réduisent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter" (ustęp z mowy Combacérès'a, wygłoszonej w dniu 9 września 1791 r.).

kalność i niewzruszalność praw osobistych i majątkowych zarówno przyrodzonych, jak i odziedziczonych oraz nabytych własnym trudem i staraniem.

Według systemu Kodeksu Napoleona, dozwolony jest wszelki sposób zachowania się i działania w stosunkach cywilnych, z wyjątkiem czynów, nakazanych lub zakazanych przez prawodawcę. Przepisy Kodeksu upoważniają nietylko do obrony praw, których zakres i granice określa ustawa, lecz wogóle do obrony wszelkich praw, wypływających z natury ludzkiej, z powszechnego dążenia ludzi do swobodnego rozwoju swych sił i zdolności przyrodzonych, do zaspokojenia potrzeb materjalnych i duchowych.

Podmiotowy charakter systemu kodeksowego polega więc na możności rządzenia się w życiu prywatnem zdolnej do działań prawnych jednostki stosownie do jej upodobań, pragnień i celów osobistych, pod warunkiem przestrzegania wyłożonych w Kodeksie zasad współżycia, obowiązujących w stosunkach prawnych do innych osób i do rzeczy. System Kodeksu Napoleona w zasadzie przyjęty został przez wszystkie kodeksy, które pośrednio lub bezpośrednio uległy wpływom kodeksu francuskiego. Z obowiązujących dotychczas kodeksów system ten przyjęły: Kodeks Austrjacki (1811 r.), Kodeks Holenderski (1838 r.), Kodeks Rumuński (1864 r.) i Kodeks Włoski (1865 r.). W porównaniu z systemem Cambacérès'a, w Kodeksie Napoleona i pokrewnych mu ustawodawstwach zauważyć się daje brak przepisów szczególnych „o rozrządzaniu ku największej korzyści swej osoby", czyli przepisów o pracy.

Pozatem, będąc wyłącznie systemem podmiotowego prawa wolności indywidualnej, kodeks Napoleona nie uznaje wolności zbiorowej, swobody tworzenia związków i zrzeszeń osobowych i majątkowych dla celów społecznych. Braki te bynajmniej nie zrażają zwolenników tego systemu. Przeciwnie, zdaniem ich, kodeks francuski jest „wielką kartą wolności", zdobytą na kontynencie Europy dzięki pierwszej rewolucji francuskiej, która wyświadczyła ludzkości nieocenioną i niespożytą przysługę, mianowicie gwarantowała na zawsze pewne minimum wolności nietykalnej i koniecznej dla każdej jednostki, bez względu na jej obowiązki w stosunku do państwa i do społeczeństwa.

To też nie zaprzeczając faktu, że obowiązki jednostki względem państwa i społeczeństwa z postępem czasu wzrastają i ograniczają wolność indywidualną, zwolennicy Kodeksu Napoleona mimo to sądzą, że system jego winien być nadal zachowany z tym jedynie zastrzeżeniem, że luki społeczne Kodeksu należy stopniowo zapełniać przez wprowadzanie w życie ustaw specjalnych o charakterze społecznym, a w pierwszym rzędzie przez wydanie Kodeksu pracy (Code de travail) i Kodeksu zrzeszeń (Code d'associations) [1]).

Według pojęcia prawa przedmiotowego ułożony został system Kodeksu Cywilnego dla Rzeszy Niemieckiej (B. G. B. z r. 1896).

Pomieniony system autorowie Kodeksu Niemieckiego zapożyczyli z podręczników i dzieł prawników, wykładających zasady i przepisy rzymskiego prawa prywatnego, z zachowaniem porządku i kolei rozporządzeń pretorów rzymskich, ogłaszanych w formie edyktów.

Trzymając się systemu zewnętrznego „Pandektów", profesorowie niemieccy zwykle wykładali prawo rzeczowe, zobowiązaniowe i familijne, jako kolejne działy prawa cywilnego, poprzedzając wykład poszczególnych działów rozważeniem ogólnych pojęć prawa i środków obrony.

Przedmiotowość systemu pandektowego polega na tem, że nie zawiera on specjalnego działu o prawie osobowem i że w stosunkach cywil-

---

1) R. Saleilles: „Le Code Civil et la méthode historique" (Livre du centenaire 1904 r.).

nych uznaje zasadę heteronomji woli. Wolność osobista i majątkowa, wedle omawianego systemu, nie jest prawem przyrodzonem, lecz prawem pochodnem, dozwolonem w zakresie i granicach, oznaczonych w ustawie.

Tak zwane „Herrschaftsrecht" (prawo panowania) i „Gestaltungsrecht" (prawo kształtowania, czyli wywoływania skutków prawnych) są to umocowania prawa przedmiotowego, stanowiącego, w jakich warunkach i jak dalece dopuszczalne jest dowolne podmiotowe zachowanie się ludzi w stosunkach między sobą i do rzeczy.

Przekroczenie granic dozwolonej wolności podmiotowej jest pogwałceniem prawa przedmiotowego, uznającego prawo do obrony (Anspruchsrecht) jedynie w wypadkach obrazy przepisów i norm pozytywnych.

Kodeks Cywilny dla Rzeszy Niemieckiej składa się z pięciu ksiąg. Pierwsza księga zawiera część ogólną, poświęconą określeniu pojęć prawnych osób, rzeczy, czynności prawnych, czasokresów, terminów, przedawnienia i warunków korzystania z praw.

Następne cztery księgi obejmują przepisy, dotyczące prawa o zobowiązaniach (Recht der Schuldverhältnisse), prawa rzeczowego, prawa familijnego i prawa spadkowego.

Ustawodawca niemiecki w stosunkach cywilnych rozróżnia ściśle podmiot i przedmiot prawa, osoby uprawnione i zobowiązane, jako podmioty, oraz rzeczy i czynności prawne, jako przedmioty prawa. W części szczególnej ustawodawca niemiecki rozwija zasady, wyłożone w księdze pierwszej, normując szczegółowo stosunek podmiotów do przedmiotów ze stanowiska prawa przedmiotowego. Podmiotowe uprawnienia ujęte są w ramy zwięzłych, częstokroć zbyt drobiazgowych przepisów, które określają i rozgraniczają sfery władzy (Macht) jednostek uprawnionych i obowiązku (Pflicht) jednostek, podległych, w myśl ustawy, wpływom tej władzy lub winnych nie przeszkadzac jej sprawowaniu.

Kto chce korzystać z prawa, ten musi wiedzieć, czy na mocy Kodeksu Niemieckiego przysługuje mu dane prawo i czy korzystanie z prawa nie naraża go na roszczenie (Anspruch) ze strony tych, którzy mogą żądać, zaniechania (Unterlassen) lub działania (Thun), zgodnego z ich prawem [1].

Najnowsze Kodeksy cywilne, jako to: Kodeks Japoński (1896—7 r.) i Kodeks Szwajcarski (1907 i 1912 r.) zaliczyć możemy do typu systemu mieszanego prawa podmiotowo-przedmiotowego.

Pierwotny projekt Kodeksu Japońskiego, opracowany przez Boissonade'a, na wzór Kodeksu Napoleona, był przerobiony przez Komisję. W rezultacie rewizji projektu przyjęto plan ogólny Kodeksu Niemieckiego i podzielono materje Kodeksowe na pięć ksiąg, z których pierwsza zawiera część ogólną, druga — prawa rzeczowe, trzecia — prawa wierzytelności, czwarta — prawa famili ne i piąta — prawa spadkowe.

W systemie wewnętrznym Kodeksu Japońskiego wpływ niemiecki uwydatnił się głównie w części ogólnej. Natomiast prawo rzeczowe i zobowiązaniowe ujawnia cechy wpływów teorji i praktyki francuskiej, dążącej do rozwoju instytucji prawa cywilnego na gruncie pojęć prawa podmiotowego.

Wreszcie, co się tyczy prawa familijnego i spadkowego, to działy te uległy wpływom prawie wyłącznie japońskim [2].

Z kolei nowy Kodeks Szwajcarski pod względem układu zewnętrznego przepisów prawnych zbliża się bardziej do systemu Kodeksu Napoleona. Nie ma on części ogólnej i podobnież, jak Kodeks Napoleona, stanowi

---

1) Dr. Engelman: „Das Bürgerliche Recht Deutschlands" (1913 r. str. 33), Biermann: „Bürgerliches Recht" (I. 1908 r. § 35), Sedel: „Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts" (1903).

2) Gorai: „Influence du Code Civil français sur le Japon". (Livre du centenaire).

ogólne przepisy tylko dla zobowiązań, zaznaczając, że mają ono zastosowanie do wszelkich stosunków prawa cywilnego (art. 7).

Materje kodeksowe prawodawca szwajcarski dzieli na 5 części, z których pierwsza obejmuje prawo osobowe, druga — prawo familijne, trzecia — prawo spadkowe, czwarta—prawo rzeczowe i piąta—prawo zobowiązaniowe (włączone niedawno do ogólnego systemu kodeksowego).

Podmiotowy charakter systemu wewnętrznego uwydatnia się przeważnie w prawie osobowem, wyodrębnionem od związkowego prawa familijnego i rozwiniętem na zasadach samookreślenia woli.

Rozdział o osobach prawnych, związkach i fundacjach znakomicie uzupełnia luki i braki, widoczne w Kodeksie Napoleona w zestawieniu z Kodeksem Szwajcarkim, który daje szerokie pole do rozwoju wszelkiego rodzaju zrzeszeń społeczno - kulturalnych, powstających i działających autonomicznie.

Wolność podmiotowa osób prawnych oparta jest na fikcji ich osobowości (Persönlichkeigst), oraz na fikcji zdolności prawnej (Rechtsfähigkeit) i zdolności do działań (Handlunsfähigkeit), analogicznie do przymiotów osób fizycznych.

Chcąc dać osobom prawnym możność swobodnego działania, zgodnie z wolą i zamierzeniami założycieli, prawodawca szwajcarski odrzucił zarówno system koncesyjny, jak i meldunkowy, uzależniający powstanie osób prawnych od zezwolenia lub zawiadomienia władzy: rejestracji podlegają tylko stowarzyszenia o charakterze handlowym, wszelkie zaś inne mogą być zakładane bez meldowania władzy, z zachowaniem ogólnych warunków kodeksowych.

Co sie tyczy pozostałych części Kodeksu Szwajcarskiego, to samostanowienie woli w stosunkach prawa familijnego, spadkowego, rzeczowego, a nawet zobowiązaniowego, w porównaniu z Kodeksem Napoleona, jest znacznie skrępowane i w wielu wypadkach wykluczone.

Współczesne doktryny prawno-społeczne nietylko ograniczają w stosunkach cywilnych sferę wpływów autonomji woli, ale nawet zaprzeczają istnienia prawa podmiotowego.

Przeciwnicy autonomji woli w stosunkach prawnych dowodzą, że pojęcie prawa podmiotowego jest sztucznym tworem szkoły prawa przyrodzonego, nieznanym prawnikom rzymskim. Rzymianie bowiem uznawali jeno prawo przedmiotowe bądź stanowione, bądź wypływające z natury ludzkie . Jeżeli można mówić o prawie podmiotowem, to w każdym razie nie jest ono samodzielnem prawem, lecz uprawnieniem (Berechtigung) prawa przedmiotowego.

Uznając prawo przedmiotowe za źródło prawa podmiotowego, niektórzy teoretycy niemieccy, jak Windscheid, Berolzheimer, Kelsen, Binder, i in., twierdzą, że istota prawa podmiotowego polega na władzy woli (Wollendürfen), zabezpieczonej i ograniczonej przez prawo przedmiotowe, i że ograniczenie władzy woli dotyczy zakresu możności jej swobodnego działania (Handelnkönnen) w ustalonych przez ustawę granicach, które zazwyczaj nie odpowiadają przyrodzonym granicom wolności woli.

Atoli Ihering, Dernburg, Bernatzik, Jellinek i in. sądzą, że pierwiastek woli w prawie jest bezużyteczną fikcją, gdyż pozornie spontaniczne akty woli w rzeczywistości podporządkowują się interesom i potrzebom życiowym ludzi; że prawo przedmiotowe rozgranicza i uzgadnia sprzeczne interesy i że t. zw. prawo podmiotowe jest to możność osiągnięcia interesu lub pożytku (Genuss), zabezpieczona uprawnieniem żądania obrony interesu. (Interessenchutzanspruch).

Rozważanie interesów (Interessenabwägung), i doprowadzanie ich w stosunkach społecznych do równowagi, niezbędnej dla zachowania spokoju i bezpieczeństwa publicznego, jest zadaniem polityki prawa; winna ona opierać swe wnioski na badaniu potrzeb i dążeń ogółu społeczeństwa oraz poszczególnych grup społecznych i jednostek, na zestawianiu potrzeb ze sposobami ich zaspokojenia i ułatwianiu, za pomocą przepisów prawnych, możliwie równomiernego podziału dóbr i usług.

Gwarantowana przez ustawę wolność, w rozumieniu polityków prawa, (Menger, Offner, Lehmann, Petrażycki i in.) nie jest możnością czynienia, co się komu podoba, w granicach ustalonych przez prawo przedmiotowe, lecz możnością korzystania z środków zaspokojenia potrzeb.

Aby zabezpieczyć każdemu posiadanie tych środków, należy regulować w drodze ustawodawczej ich wytwarzanie i wymianę w taki sposób, aby każdy mógł rozporządzać nimi stosownie do swych potrzeb i do udziału w produkcji oraz wymianie dóbr i usług.

W dziedzinie prawa cywilnego, w układzie stosunków prawno-społecznych, współczesna polityka ustawodawcza dąży do ścieśnienia inicjatywy prywatnej, do wyrugowania przepisów, tolerujących i popierających system swobody indywidualnej, i do zastąpienia norm dyspozycyjnych prawa cywilnego normami stanowczych nakazów ustawy (lex cogens) o charakterze publicznym.

Jako ujęcie całokształtu stosunków prawno-społecznych, ogólnych lub szczególnych, każda ustawa cywilna, według najnowszych poglądów, jest częścią prawa publicznego [1]).

Co dawniej nazywano prawem prywatnem, zabezpieczającem swobodę działania jednostek w pewnych ustanowionych granicach ozaz swobodę wyboru środków prawnych dla osiągnięcia indywidualnych celów i ich obrony,— obecnie traci powagę prawa nietylko, jako źródła podmiotowej wolności, ale nawet jako uprawnienia przedmiotowego.

Powszechne dążenie do uspołecznienia prawa cywilnego, do zabezpieczenia interesów ogółu kosztem poświęcenia interesów jednostek, ujawnia się też w tendencji zrównania wszystkich pod względem obowiązków społecznych, a przedewszystkiem w tendencji uzależnienia korzystania z praw od wykonywania związanych z nimi obowiązków.

Dawniej prawo publiczne prawie wyłącznie regulowało wzajemne stosunki między obywatelami a państwem, które za obronę praw prywatnych wkładało na obywateli powinności osobiste i majątkowe.

Współczesne teorje prawno-społeczne domagają się rozciągnięcia systemu powinności i na stosunki prawa cywilnego.

Powszechny obowiązek pracy dla dobra ogółu, oraz obowiązek ogółu dostarczania zajęcia i narzędzi pracy dla wszystkich, obowiązkowy podział produktów pracy pomiędzy pracującymi i niezdolnymi do pracy—oto podstawy ustroju społecznego, według teorji socjalistycznych, które w zasadzie nie uznają praw, lecz wkładają obowiązki na jednostki w stosunku do społeczeństwa i na społeczeństwo w stosunku do jednostek.

Podobne poglądy i dążenia ujawnia również teorja solidaryzmu społecznego.

Już August Comte w dziele pod tytułem: „Système de politique positive", pisał, że wyraz „prawo" należałoby wykreślić z słownika pojęć polityki pozytywnej, jako wyobrażający pojęcie teologiczno-metafizyczne woli prawodawcy. Walcząc z teokratycznym autorytetem woli panujących, którzy z Bożej łaski nadawali poddanym prawa,—metafizycy 18 wieku

---

[1]) Binding: „Die Normen und ihre Uebertretung" (1890). Austin: „Lectures on Jurisprudence" (1895).

przeciwstawili mu urojony autorytet woli narodu, żądającej od państwa obrony praw przyrodzonych człowieka: równej dla wszystkich wolności, ograniczonej z woli wszystkich dla dobra ogółu.

Otóż wolę ogółu Comte uznaje za fikcję i twierdzi, że w okresie pozytywnym postępu ludzkości w życiu społecznem stosunki ludzkie regulować będzie tylko solidarność, czyli uznanie obowiązku każdego względem wszystkich i wszystkich względem każdego.

Doktryna solidaryzmu społeczno-prawnego ma licznych zwolenników wśród współczesnych ekonomistów i socjologów francuskich (Bourgeois, Gide, Bouglé, Brunot, Parodi, Lanson, Jacob i inni). Według ich zdania, solidaryzm stał się faktem społecznym, wywołanym przez zmianę warunków współżycia. Cechą znamienną współczesnych stosunków ekonomiczno-społecznych jest współpraca i zaspokajanie potrzeb indywidualnych środkami zbiorowemi. Dążąc do osiągnięcia pewnych celów ekonomicznych, etycznych i t. p. jednostki tworzą ugrupowania społeczne, działające połączonemi siłami poszczególnych swych członków. Doświadczenie stwierdza, że w ten sposób osiąga się wyniki, jakich pojedyncze osoby o własnych siłach osiągnąć nie mogą. Potęguje to rozwój wszelkiego rodzaju zrzeszeń, przedstawiający się, jako proces ciągłego różniczkowania i całkowania zjawisk społecznych; ilość zrzeszeń stale zwiększa się, a jednocześnie zrzeszenia łączą się w związki, wskutek czego rozszerza się wspólność i współzależność interesów. Jednostki przystępują do zrzeszeń, odpowiadających ich interesom, które wzajemnie się krzyżują i wiążą. Praca zbiorowa i wymiana dóbr i usług jest dziś podstawą współżycia, które, wobec łączności i wzajemności interesów, wymaga, aby każdy spełniał swe obowiązki względem ogółu, a ogół względem każdej należącej do niego jednostki.

A więc solidarność społeczna, jako stan faktyczny współczesnego społeczeństwa, polega na wzajemności obowiązków. Winna jej odpowiadać solidarność prawna, wypływająca z jakby umowy społecznej, którą kodeks Napoleona uznaje za źródło praw i obowiązków (art. 1370—1381).

Z okazji obchodu stuletniej rocznicy wydania kodeksu Napoleona, w piśmiennictwie francuskiem żywo poruszono sprawę reformy prawa cywilnego.

Publicyści i pisarze społeczni oraz specjaliści - prawnicy w licznych artykułach, broszurach i pismach podkreślali braki kodeksu i motywowali konieczność bądź przystosowania poszczególnych jego działów do potrzeb i zmienionych warunków życia społecznego, bądź gruntownej rewizji i przerobienia całego systemu kodeksowego.

Wszyscy krytycy kodeksu zgodnie oświadczają, że indywidualna wolność kodeksowa, rozumiana przez prawodawcę w znaczeniu podmiotowem, otoczyła aureolą blasku jedynie wolność wybrańców losu i możnych tego świata. Natomiast ludzie upośledzeni, nie posiadający środków materjalnych lub sił fizycznych i duchowych do korzystania z wolności osobistej, skazani są na dobrowolną niewolę, na poddanie się władzy uprzywilejowanych jednostek. To też, przeciwstawiając się ich sile, słabi instynktownie łączą się w związki i w zrzeszeniu wytwarzają siłę, zwalczającą egoizm i separatyzm kodeksowej indywidualnej wolności.

Ponieważ jednak silni bez pomocy słabych obejść się nie mogą, przeto pokojowe współżycie jednych i drugich opierać się musi na kompromisie, na wzajemnych ustępstwach. Interesy jednostek, chociażby najsilniejszych muszą podporządkować się interesom ogółu, który pomimo rozczłonkowania na grupy, wzajemnie się zwalczające, wskutek konieczności pracy zbiorowej i wymiany dóbr i usług, stanowi obecnie całość organiczną, spojoną łącznością i współzależnością interesów.

Szeroki program gruntownej reformy prawa, przystosowany do wymagań współczesnego życia, nakreślił wybitny prawnik, profesor uniwersytetu

w Bordeaux—Leon Duguit. W książce pod tytułem: „L'etat, le droit objectif et la loi positive”, wydanej w roku 1901, a następnie w pracy p. t. „Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état”, wydanej w roku 1908, dowodzi on, że sprzeczność między życiem a prawem wynikła z powodu zapoznania przez prawo idei braterstwa.

W kodeksie Napoleona z formuły „wolności, równości i braterstwa” usunięto pojęcie braterstwa prawdopodobnie dlatego, że wyobrażano sobie braterstwo, jako pojęcie wyższej moralności, stojącej ponad prawem.

Prawodawcy rewolucyjni w naiwności swej mniemali, że wystarczy wyznaczyć jeden dzień w roku dla obchodu święta braterstwa, aby idea miłości bliźniego w stosunkach ludzkich opanowała powszechny egoizm i separatyzm. [1])

Tymczasem wprowadzona do kodeksu idea wolności indywidualnej okazała się sprzeczną z ideą równości przed prawem. Jak słusznie zauważył Emile Faguet „równość jest wrogiem wewnętrznym wolności, gdyż korzystanie z wolności zawsze krępuje równość. [2])

Otóż Duguit uważa, że sprzeczność tę należałoby usunąć przez wprowadzenie do kodeksu idei solidarności społecznej, którą on nazywa współzależnością (interdépendance).

Idea ta wkłada na wszystkich obowiązki względem społeczeństwa, stanowiące podstawę praw, jakie społeczeństwo obowiązane jest wzamian zapewnić wszystkim. Lecz prawa te nie odpowiadają utartemu pojęciu praw podmiotowych, czyli systemu panowania i władzy (dominium et imperium), który historycznie rozwinął się wskutek faktycznej przewagi silnych nad słabymi. Obecnie solidarność społeczna zrównała nietylko wszystkie stany, lecz i wszystkich ludzi, uzależniając wzajemnie jednych od drugich. W pojęciu ogółu prawo, nawet w znaczeniu podmiotowem, nie jest już władzą, dającą możność rozkazywania innym według dowolnego uznania osoby uprawnionej.

Wielcy i mali, silni i słabi, rządzący i rządzeni jednakowo ulegają dziś władzy, jako funkcji społecznej, wkładającej na jednych obowiązek sprawowania władzy w interesie ogółu, a na drugich — obowiązek wykonywania jej rozkazów.

Zdaniem Duguit, nawet pojęcie podmiotowego prawa własności, czyli panowania nad rzeczą, zanika i ustępuje miejsce poglądom na własność, jako na funkcję społeczną.

Posiadacz majątku nie ma już prawa dowolnego korzystania i rozrządzania swem mieniem, albowiem fakt posiadania majątku wkłada na właściciela obowiązek spełniania właściwych funkcji społecznych. Bezcelowe niszczenie lub niekorzystanie z majątku nie może już być tolerowane, jako szkodliwe dla ogółu, korzystanie zaś z majątku ulega coraz większym ograniczeniom, wkładającym na właściciela obowiązki ponoszenia ciężarów podatkowych, służebności sąsiedzkich, powinności gminnych i państwowych oraz przestrzegania przepisów o zachowaniu substancji majątku (lasów, inwentarza, budynków i t. p.), o zdrowotności publicznej i o użyteczności publicznej, która w interesie ogółu wymagać może przymusowego zarządu lub wywłaszczenia. W teraźniejszych zmienionych warunkach, każdy zmuszony jest pracować czy to pojedyńczo, czy zbiorowo, dla społeczeństwa, od którego wzamian za owoce swej pracy otrzymuje środki zaspokojenia

---

[1]) W tytule 1-ym Konstytucji 1791 r., między innemi, postanowiono: „Qu'il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la révolution française et entretenir la fraternité entre les citoyens” (p. Fleurant: „Sur la solidarité — Appendice „De la fraternité”).

[2]) „L'egalité est ennemi intime de la liberté, parceque tous les exercises de la liberté gênent l'égalite” (Le libéralisme” — 1903).

swych potrzeb. Wobec tego indywidualistyczny liberalizm kodeksu Napoleona dziś jest już przeżytkiem historycznym.

Rękojmią wolności powszechnej w czasach dzisiejszych jest nie separatyzm, lecz łączność, nie rozbieżność, lecz wspólność interesów, nie swoboda czynienia, co się komu podoba, lecz solidarność, poczucie obowiązku każdego względem siebie i wszystkich, oraz wszystkich względem każdego. W stosunkach prawno-społecznych podział podmiotów prawa na jednostki uprawnione i zobowiązane, na wierzycieli i dłużników, jest już niewłaściwy, na wszystkich bowiem ciążą obowiązki wzajemne.

Co zaś do praw, to Duguit mniema, że prawo podmiotowe, rozumiane, jako swoboda działania w granicach, określonych w ustawie, zupełnie nie istnieje, gdyż w życiu społecznem istnieją tylko celowe dążenia i odpowiedni do celów wybór środków ich urzeczywistnienia.

Ustawa nie jest wyrazem woli ogółu, lecz sformułowaniem normy prawa przedmiotowego (Loi normative), czyli ujęciem celu, do którego zmierza ogół, — albo też środkiem technicznym osiągnięcia zamierzonego celu (Loi constructive).

Jeżeli ustawa nie osiąga celu lub jeżeli cel nie odpowiada warunkom rozwoju społeczeństwa, to ustawa taka traci moc obowiązującą i winna być uchylona.

Podmiotowa wolność czy to jednostek, czy grup społecznych, jako podstawa systemu prawa cywilnego, ulega również poważnym ograniczeniom i zastrzeżeniom nawet ze stanowiska nowoczesnych teorji liberalnych. Przybrały one nazwę „nowego liberalizmu” w odróżnieniu od „starego liberalizmu” kodeksów 19-go wieku.

Jak wiadomo, doktryna nowego liberalizmu powstała w Anglji w końcu 19 i na początku 20 wieku i znalazła licznych zwolenników i naśladowców wśród pisarzy francuskich.[1])

Nowy liberalizm społeczny stanowczo potępia wolność indywidualną w życiu społecznem, rozumianą w znaczeniu podmiotowej swobody działania.

Jeżeli swoboda (freedom) ma oznaczać, że każdy jest sam sobie panem i że może zaspokajać swoje potrzeby, kierując się wyłącznie własnym instynktem, to tego rodzaju swoboda nie da się pogodzić ani z warunkami współczesnego życia, ani z istotą cywilizacji. Ideałem ludzkości jest osiągnięcie zupełnej swobody, ale ideał ten osiąga się stopniowo, w miarę postępu kultury i rozwoju środków technicznych. Obecnie warunki współżycia pozwalają zabezpieczyć każdemu minimum swobody jedynie w życiu domowem. Dąży do tego instytucja homestead'u, domagają się i walczą o to maluczcy i upośledzeni (standard of life).

Przez wolność nabywania i rozporządzania majątkiem, zawierania umów, prowadzenia handlu i przemysłu liberałowie starej szkoły rozumieli możność korzystania z siły, którą posiada się przypadkowo, i zmuszania innych, mniej silnych, do poddawania się przewadze siły. Ten rodzaj wolności osobistej w społeczeństwie, składającem się z nierównych jednostek, nie jest wskazany, prowadzi bowiem zawsze do panowania silnych nad słabymi, czyli do naruszenia równowagi społecznej.

Otóż równowagę w stosunkach społecznych może podtrzymywać tylko wolność społeczna (social liberty), ograniczona w taki sposób, aby silniejsi

---

[1]) Herbert Samuel: „Liberalism: An attempt to state the principles and proposals of contemporary liberalism in England” (1902).
Emile Faguet: „Le libéralisme” (1903).
Parodi: „La crise du vieux libéralisme” (1906).

nie mogli pokonywać i opanowywać słabszych, aby ci ostatni w walce o byt, w dążeniu do zaspokojenia swych potrzeb i w starciach z silniejszymi mogli walczyć równą bronią.

Walka o byt jest prawem, powszechnem, jest koniecznością życiową, jest więc nieuniknioną w stosunkach społecznych, jako bodziec rozwoju i postępu.

Jeżeli jednak silni i możni nadużywają swej przewagi, jest rzeczą konieczną, aby, w interesie równowagi społecznej, bezsilni i bezradni byli poparci w nierównej walce, gdyż w przeciwnym razie grozi im niewola, zamiast wymarzonej swobody, zaś silnym i potężnym daje się możność uprawiania despotyzmu. Społeczeństwo angielskie zdobyło „wielką kartę wolności" jeszcze w wieku 13-ym. Na straży tej zdobyczy stoi prawo zwyczajowe (Commonlaw).

Tradycyjny liberalizm angielski jest nawskroś indywidualistyczny, lecz pod wpływem wzmożonego ruchu zrzeszeniowego klasy robotniczej, a zwłaszcza potęgującej się walki związków zawodowych (trade-unions) z wyzyskiem kapitalistów, w ostatnich czasach uległ on znacznym przeobrażeniom: prawo stanowione (statute-law) coraz bardziej zwęża teren wpływów liberalnego prawa zwyczajowego, w obronie żywotnych interesów ludu pracującego od zgubnych skutków wolnej konkurencji, ujawniających się w eksploatacji słabych przez silnych.

Wychodząc z założenia, że prawdziwa wolność polega na normalnem korzystaniu z przyrodzonych sił i zdolności obywateli, że z wolności może korzystać tylko ten, kto posiada odpowiednie środki, zabezpieczające byt i ułatwiające rozwój przyrodzonych skłonności — prawodawca angielski systematycznie, za pomocą ustaw wyjątkowych, ogranicza zasadę samostanowienia woli w stosunkach cywilnych wogóle, a w szczególności w stosunkach dotyczących warunków pracy.

Opieka nad słabymi i upośledzonymi, pomoc prawna w walce z wyzyskiem i eksploatacją dla tych, którzy o własnych siłach oprzeć się im nie mogą lub nie potrafią — oto idea przewodnia licznych aktów prawodawczych, wydanych w Anglji w ostatnich lat dziesiątkach. Zmierzają one do tego, aby każdy obywatel miał zabezpieczone „moral minimum" środków egzystencji, aby pracownik mógł otrzymywać płacę, dostateczną dla utrzymania siebie i rodziny (livingwagę), aby praca odbywała się w warunkach, nieszkodliwych dla zdrowia, aby poza godzinami pracy każdy miał dosyć czasu dla odpoczynku, rozrywki, kształcenia umysłu i rozwoju sił fizycznych, aby na wypadek niezdolności do pracy lub śmierci uniezdolnieni lub pozostała po nich rodzina miała zabezpieczone środki utrzymania, aby, jednem słowem, każdy obywatel mógł być wolny.

Wyzwolenie ekonomiczne proletarjatu pracującego i ochrona jego sił żywotnych od eksploatacji kapitalistów jest jednym z najważniejszych zadań polityki ustawodawczej wolnej Anglji; popiera ona proletarjat w walce z kapitalizmem w ten przeświadczeniu, że dopomaganie słabym w walce z silnymi jest najpewniejszym środkiem, prowadzącym do pojednania i uzgodnienia sprzecznych interesów stron walczących[8]).

Zmatwychwstała Polska odzyskała wolność polityczną, z której przed upadkiem korzystać w sposób właściwy nie umiała. Naród polski, wyzwolony z pęt niewoli politycznej, zjednoczył się i pragnie wolności społecznej pod opieką ustaw własnych.

---

[8]) Sidney i Beatrice Webb: „Industrial Democracy". (1900 r.).

Przemocą narzucone nam ustawy obce, obowiązujące dotychczas w poszczególnych dzielnicach Polski, nie zadawalają ogółu społeczeństwa polskiego tak z powodu swej rozbieżności, jak i przestarzałości. Znękany długoletnią wojną i zubożały kraj nasz domaga się poprawy bytu, a olbrzymia większość społeczeństwa naszego upatruje jedyny ratunek w reformach społecznych, w przebudowie lub nawet zmianie ustroju społecznego.

Wolność indywidualna, głęboko zaszczepiona w organizmie społeczeństwa polskiego jeszcze w czasach, gdy na zachodzie dopiero upominała się o swoje prawa, po upadku Rzeczypospolitej stała się dobytkiem wszystkich sfer społeczeństwa. Rozwinęły ją i podtrzymały obce ustawy, wydane pod naciskiem Wielkiej Rewolucji Francuskiej i rozciągnięte przez najeźdzców na rozdarte dzielnice Polski.

Większa część kraju naszego w ciągu przeszło stu lat regulowała swe stosunki prawno-społeczne pod rządem kodeksu Napoleona, który u nas nie uległ zasadniczym zmianom, podczas gdy we Francji w ciągu tegoż czasu uchylono lub zmieniono szereg przepisów kodeksowych.

W byłej dzielnicy pruskiej od roku 1900-go wprowadzono kodeks Cywilny Niemiecki, którego system, jak wiemy już, zasadniczo różni się od systemu kodeksu Napoleona. Przestarzałość Kod. Nap., kodeksu Austr. i kodeksu Rosyjskiego z jednej strony, oraz niezgodność ich z systemem kodeksu Niemieckiego z drugiej, wielce utrudniają wybór systemu dla przyszłego kodeksu Polskiego. Przyjęcie systemu jednego z kodeksów cywilnych obowiązujących u nas lub w innych krajach, wobec zmienionych warunków życia na całym świecie, nastręcza poważne trudności i wątpliwości.

Obmyślenie zaś całkiem nowego systemu, bardziej odpowiadającego współczesnym wymaganiom życia społecznego, na razie jest niemożliwe, gdyż niewiadomo jeszcze, czem zakończy się powszechny przełom, spowodowany wszechświatową wojną; czy doprowadzi on do zmiany ustroju społecznego, czy też dawny ustrój ulegnie tylko częściowym przekształceniom, których domagano się przed wojną, a które obecnie stopniowo są dokonywane.

Pewnem wydaje się jedno, że przedwojenny stan rzeczy w zupełności przywrócony nie będzie.

Nie możemy przewidzieć przyszłości, bo nie wiemy, jaka droga do niej nas zaprowadzi: czy droga rewolucji czy też ewolucji.

Komisja Kodyfikacyjna, powołana do opracowania projektu ustaw cywilnych dla Państwa Polskiego, nie jest upoważniona do zmiany ustroju społecznego u nas.

Zadaniem jej jest, niewątpliwie, obowiązek udoskonalenia istniejącego ustroju, oparcia go na możliwie trwałych podwalinach i przystosowania do potrzeb i dążeń naszego społeczeństwa.

Jak się rzekło, naród polski pragnie wolności społecznej i żąda obmyślenia środków jej zabezpieczenia i rozwoju przedewszystkiem od specjalistów - prawników.

Nie otrzymawszy pod tym względem żadnych dyrektyw, Komisja Kodyfikacyjna winna kierować się w swych pracach doświadczeniem przeszłości i wskazaniami nauki na przyszłość.

Wielka obfitość teorji i doktryn prawno-społecznych, częstokroć biegunowo sprzecznych, utrudnia niesłychanie ich wybór.

Wyjścia z labirytu nowoczesnych prądów i dążeń Komisja Kodyfikacyjna, wzorem autorów najnowszych kodeksów, szukać winna w syntezie, a sposób dokonania syntezy uchwycić, badając, w jakim kierunku rozwijało się dotychczas prawodawstwo cywilne we wszystkich krajach i w jakim kierunku spodziewany jest jego dalszy rozwój wogóle, a w szczególności u nas.

Niestety, i to zagadnienie doktryny rozwiązują różnie: jedni bowiem dowodzą, że prawo cywilne ulega stopniowej socjalizacji, inni znów twierdzą,

że autonomja jednostek rozszerza się, a równolegle do tego zwiększają się obowiązki jednostek w stosunku do ogółu[1]).

Obecna wojna rozpętała namiętności ludzkie rozbudziła i wzmożyła samowolę jednostek i grup społecznych.

Lichwa i spekulacja, masowe bezrobocia i żądania maksymalnych płac za minimalną pracę są najbardziej opłakanym objawem tej samowoli.

Zwalczając samowolę jednostek, nasze władze ustawodawcze wkroczyły na drogę represji i ścieśnień wolności.

Czy pożądanem jest zachowanie ich na stałe (jak naprz. ustawy o ochronie lokatorów, o przymusowem wydzierżawianiu nieużytków, o walce z lichwą i spekulacją przedmiotami pierwszej potrzeby i t. p.) oraz wprowadzenie podobnych ograniczeń do przyszłego Kodeksu Cywilnego?

Na pytanie to winna odpowiedzieć komisja Kodyfikacyjna, zanim przystąpi do opracowania właściwych działów projektowanego Kodeksu.

Co się zaś tyczy ogólnego systemu wewnętrznego, to dzieje dotychczasowego rozwoju prawa cywilnego oraz rozważonych wyżej doktryn prawno-społecznych, zdaje się, doprowadzają do wniosków następujących:

1) że prawo wogóle jest wytworem stosunków społecznych;

2) że stosunki cywilne, dzięki wolności indywidualnej, zawarowanej przez ustawy z wieku 19 go, rozwinęły się do tego stopnia, iż przedstawiają obecnie splot zróżniczkowanych i wzajemnie uzależnionych interesów i dążeń

3) że ze względu na łączność i współzależność interesów, regulowanie stosunków cywilnych ze stanowiska podmiotowej indywidualnej wolności, w oderwaniu od całokształtu stosunków prawno-społecznych, jest już niemożliwe;

4) że łącznikiem prawnym w stosunkach cywilnych są raczej wzajemne obowiązki, niż prawa podmiotowe i uzależnione od nich obowiązki i

5) że korzystanie z praw w znaczeniu podmiotowem jest uwarunkowane wykonaniem obowiązków.

Mając na widoku powyższe spostrzeżenia, autorowie projektu przyszłego Kodeksu Cywilnego winni pamiętać, że zadaniem ich będzie ustalić normy stosunków cywilnych, jako składowych nieoderwalnych części ogólnych stosunków prawno-społecznych, i że normy te winny obejmować, w miarę możności, całość danego stosunku, w związku z ogólnym układem stosunków cywilnych, bez wyodrębniania podmiotów lub przedmiotów, praw lub obowiązków.

Nie należy jednak zapominać, że stosunki cywilne, stanowiąc integralną część ogólnych stosunków prawno-społecznych, wyróżniają się z pośród nich tem, że w układzie stosunków cywilnych wolność indywidualna jest dopuszczalna względnie w największym stopniu, i że zadaniem ustaw cywilnych jest gwarantowanie przynajmniej minimum tej wolności, niezbędnej dla rozwoju i ekspansji każdej jednostki, o ile swobodna jej działalność jest korzystna dla ogółu.

Z tego punktu widzenia godzi się zaznaczyć, że każda jednostka, mimo związku jej z ogółem, posiada pewne prawa przyrodzone do życia i nietykalności osobistej oraz do środków materjalnych, zabezpieczających jej istnienie i rozwój normalny sił duchowych i fizycznych. Są to zasadnicze prawa t. zw. „osobowości", które żadnym ograniczeniom prawa przedmiotowego ulegać nie mogą, lecz przeciwnie, winny być przez ustawę bronione. Zarówno poszczególne jednostki, jak i zrzeszenia ludzkie, mogą być tylko

---

[1]) Joseph Charmont: „Les transformation du droit civil". (1912).
J. W. Hedemann: „Die Fortschritte des Civilrechts im XIX Jahrhundert". (1910).

podmiotami praw i obowiązków, nie przekraczających granic przyrodzonej wolności osobistej i majątkowej.

Wychodząc więc z założenia, że każdy obywatel w stosunkach cywilnych jest człowiekiem wolnym, o ile spełnia swe obowiązki, przez ustawę dla dobra społeczeństwa stanowione, należy przyjść do wniosku, że aczkolwiek stosunki cywilne są ściśle związane z ogólnemi stosunkami prawno-społecznemi i ze stanowiska społecznego winny być traktowane, jako zjawiska życia zbiorowego, w których między podmiotem a przedmiotem istnieje łączność i współzależność, to jednak wskazanem jest określenie granic tej łączności i współzależności, aby podmiotu nie utożsamiano z przedmiotem prawa, aby obowiązki i uprawnienia podmiotowe w stosunku do przedmiotów prawa nie przekraczały granic, oddzielających przedmioty od podmiotów.

Ogólne zasady, wspólne dla wszystkich działów Kodeksu, określające podstawowe prawa osobowości, czyli podmiotów praw i obowiązków cywilnych, dozwolone przez ustawę przedmioty oraz stosunek między podmiotami i przedmiotami, czyli istotę i zakres praw i obowiązków cywilnych— należałoby zamieścić w pierwszej części Kodeksu.

Z kolei w następnych częściach Kodeksu znalazłyby miejsce odstępstwa od ogólnych zasad, rozszerzające lub zwężające ich zastosowanie w stosunkach szczególnych. Zasady ogólne znajdujemy we wszystkich obowiązujących kodeksach, w większości atoli są one rozrzucone po wszystkich działach, wskutek czego nastręczają wątpliwość, czy mogą być stosowane, jako zasady ogólne.

Jak wiadomo, z nowszych kodeksów część ogólną zawierają: Kodeks Niemiecki i Kodeks Japoński, co zaś do Kodeksu Szwajcarskiego, to tylko dział o zobowiązaniach posiada część ogólną, którą prawodawca rozciąga na wszystkie stosunki prawa cywilnego. Pozatem w części wstępnej Kodeksu Szwajcarskiego znajdujemy kilka artykułów, dotyczących istoty stosunków prawnych oraz dowodów.

Pod względem układu zewnętrznego przepisów prawnych obowiązujące kodeksy, nie wyłączając najnowszych, trzymają się różnych systemów.

Kodeksy typu romańskiego, pomijające część ogólną, dzielą materje kodeksowe na prawo osobowe, familijne, spadkowe, rzeczowe i zobowiązaniowe. Kodeksy zaś typu germańskiego, włączając prawo osobowe do części ogólnej, wykładają kolejno przepisy prawa rzeczowego, zobowiązaniowego, familijnego i spadkowego. Kodeks Niemiecki zmienił nieco ten porządek, a mianowicie prawo zobowiązaniowe umieścił przed prawem rzeczowem.

Przy istnieniu części ogólnej, dział o prawie osobowem byłby działem szczególnym, co nie odpowiadałoby rzeczywistości, gdyż przepisy prawa osobowego, niewątpliwie, mają zastosowanie do wszelkich stosunków prawa cywilnego.

Stosunki prawa familijnego i spadkowego są to stosunki mieszane— osobowo-rzeczowo-zobowiązaniowe. Wskazanem tedy jest, aby mówić o nich, jako o szczególnych stosunkach prawa osobowego, rzeczowego i zobowiązaniowego. Wreszcie, co się tyczy kwestji, czy przepisy o stosunkach zobowiązaniowych w Kodeksie Niemieckim słusznie poprzedzają dział o prawie rzeczowem, to zdaje się, że kwestja ta nie odgrywa wielkiej roli. Jeżeli stosunki rzeczowe będziemy rozważali jako rodzaj statyki, a zobowiązaniowe, jako rodzaj dynamiki prawa cywilnego, to statyka powinna poprzedzać dynamikę. Jeżeli zaś stosunki te będziemy rozważać z punktu widzenia praw i obowiązków związanych nimi podmiotów, to przepisy o zobowiązaniach, stanowiących najczęściej źródło praw i obowiązków rzeczowych, winny poprzedzać przepisy o stosunkach rzeczowych.

A zatem przyszły Kodeks cywilny polski wypadałoby podzielić na 5 ksiąg, zatytułowanych, jak następuje:

I. Księga: O stosunkach cywilnych w ogólności.
II. Księga: O stosunkach rzeczowych (lub zobowiązaniowych).
III. Księga: O stosunkach zobowiązaniowych (lub rzeczowych).
IV. Księga: O stosunkach familijnych.
V. Księga: O stosunkach spadkowych.

Szczegółową analizę stosunków cywilnych z wyodrębnieniem podmiotów, przedmiotów i łącznika prawnego, czyli praw i obowiązków podmiotów względem przedmiotów, zawierałaby tylko księga pierwsza, którą, w związku z wywodami powyżej wyłożonemi, należałoby podzielić na rozdziały następujące:

A. Podmioty stosunków cywilnych.
1. Osoby fizyczne.
2. Osoby prawne.

B. Przedmioty stosunków cywilnych.
1. Rzeczy zmysłowe.
2. Rzeczy niezmysłowe.
3. Świadczenia (czynne i bierne).

C. Istota i zakres praw i obowiązków cywilnych.
1. Nietykalność i niewzruszalność praw osobowości.
2. Obowiązek przestrzegania przepisów porządku publicznego.
3. Charakter praw i obowiązków podmiotowych (zależność uprawnień od wykonania obowiązków).
4. Dobra i zła wiara.
5. Nadużycie praw (korzystanie z praw ze szkodą dla innych, samowola, samopomoc i samoobrona).

D. Źródła powstania i ustania stosunków cywilnych.
1. Fakty prawne.
a) bieg czasu, czasokresy i terminy;
b) wypadki losowe, siła większa i konjunktury ekonomiczne;
c) warunki.
2. Czynności prawne.
a) oświadczenia woli;
b) wady zezwolenia i ich skutki;
c) zastępstwo prawne i pełnomocnictwo.
3. Czyny niedozwolone (występki i jakby—występki).
4. Przedawnienie nabywcze i umarzające.

E. Zabezpieczenie i obrona praw i moc prawna wyroków sądowych.
F. Zbieg stosunków cywilnych.

Dr. Tadeusz Bujak.

KODYFIKACJA PRAWA WODNEGO [1]).

Brak nowożytnych przepisów o prawie wodnem w byłem Królestwie Kongresowem i niedomagania przestarzałej ustawy wodnej w b. Galicji spowodowały Sejm Ustawodawczy dwukrotnie do wezwania Rządu, aby opracował ustawę wodną jednolitą dla całego państwa, a to dnia 9 lipca 1919 r. przy sposobności uchwalenia ustawy o budowie kanałów żeglownych, tudzież regulacji rzek żeglownych i spławnych (z dn. 9 lipca 1919 r. poz. 356 Dzpr.) i dnia 4 czerwca 1920 r. przy uchwaleniu ustawy w przedmiocie udziału Skarbu Państwa w spółce akcyjnej zakładu wodno-elektrycznego Szczawnica-Jazowsko (poz. 287 Dzu.).

Ministerstwo Robót Publicznych od chwili powstania w styczniu 1919 r. zajęło się sprawą ustawy wodnej, gromadząc przedewszystkiem odnośne materjały; wstępny projekt tej ustawy opracowali w roku 1920 szef Sekcji inż. Adam Rożański i radca ministerjalny Walenty Garczyński pod kierunkiem ministra robót publicznych inż. Andrzeja Kędziora. Celem przyśpieszenia sprawy, poseł Kędzior po złożeniu teki ministra wniósł do Sejmu projekt ten wnioskiem poselskim[2]) (druk Nr. 2038).

W projekcie tym przyjęto w zasadzie przepisy zawarte w ustawie wodnej z dn. 7 kwietnia 1913 r., obowiązującej w b. dzielnicy pruskiej, od której odstąpiono jednak w szczegółach, idąc za wzorem ustawy wodnej z dn. 14 sierpnia 1875 r. z nowelami obowiązującej w b. Galicji względnie też projektu takiej ustawy wniesionego przez rząd b. Austrji do Sejmu galicyjskiego w roku 1913.

Ustawa nowa wstąpić ma w miejsce wszystkich dotychczasowych przepisów o prawie wodnem obowiązujących na obszarach Rzeczypospolitej Polskiej i pomyślana jest w ten sposób, iż obejmuje nietylko przepisy prawa publicznego, ale i prawa prywatnego, tak że przestałyby obowiązywać od czasu wejścia jej w życie w szczególności odpowiednie przepisy Kodeksu Napoleona, uchylone dla obszaru Prus już § 399/2 l. 2 ustawy pruskiej, tudzież przepisy austrjackiego kodeksu cywilnego (w b. dzielnicy pruskiej obowiązywały poprzednio przepisy powszechnego prawa krajowego, ustawa o używaniu rzek prywatnych i inne, uchylone § 399/2 l. 1, 5 i ustawy pruskiej — gdy kodeks cywilny niemiecki w ślad art. 65 ust. wprowadczej prawem wodnem się nie zajmował [3]).

Projekt liczący 265 artykułów uczyniło Ministerstwo Robót Publicznych przedmiotem ankiety odbytej w Warszawie w dniach od 5—8 października 1920 r., do której zaprosiło także Towarzystwo prawnicze w Warszawie. Wyniki tej ankiety podano w streszczeniu w „Robotach publicznych" 1920 r. str. 392 nast. Oświetlono tam z różnych stron postanowienia projektu; ja dziś ograniczę się do omówienia niektórych tylko kwestji dotykających głównie sfery prawa prywatnego względnie orzecznictwa sądowego.

Ustawą z dnia 3 czerwca 1919 r. poz. 315 Dzpr. o Komisji Kodyfikacyjnej postanowiono w art. 2, że do zakresu działania tej Komisji należy przygotowanie projektów jednolitego ustawodawstwa dla wszystkich ziem w skład państwa wchodzących w dziedzinie prawa cywilnego. O ile więc w zakres prawa cywilnego wchodzi także prawo wodne, przepisy dotyczące wpadają w kompetencję Komisji Kodyfikacyjnej. Z tego stanowiska wychodząc, domagałem się na ankiecie (str. 393), aby projekt ustawy przed wniesieniem do Sejmu udzielono tej Komisji; stanowisko to podziela również redak-

cja „Gazety sądowej warszawskiej”, jak wypływa z jej uwagi na str. 341, 1920 r. Zachodzi komplikacja o tyle, że ustawa wodna, i to w przeważnej części, obejmuje postanowienia wchodzące w zakres prawa publicznego, których kodyfikacją Komisja Kodyfikacyjna w zasadzie się nie zajmuje. [4]) Rzecz ma się tu jednak podobnie jak z ustawą górniczą, którą przygotowuje Ministerstwo Przemysłu i Handlu a udzieli następnie do opinji, oczywiście znowu głównie tylko w zakresie prawa prywatnego, Komisji Kodyfikacyjnej.

Czy ustawa wodna obejmować winna także przepisy prawa prywatnego, zawarte dotąd w części w kodeksach cywilnych? Przy kodyfikacji austrjackiej ustawy wodnej rzecz ta była rozważana [5]). Wedle motywów projektu ustawy z roku 1862 pominięto postanowienia największej części zagranicznych ustaw wodnych o nowopowstałych wyspach, przymuleniach i oderwiskach jako też o opróżnionych łożyskach wód w ustawie austrjackiej właśnie dlatego, że przedmioty te znalazły już odpowiednie unormowanie w kodeksie cywilnym. Ustawa pruska poszła inną drogą, bo objęła i te postanowienia, uchylając odpowiednie przepisy kodeksów. Projekt poszedł za jej przykładem. Motywem mógł tu być, jak już w poprzednim okresie prac ustawodawczych, [6]) wzgląd na to, że rozproszenie stosunków prawa wodnego sprzeciwiałoby się naturze żywiołu, który się normuje, i potrzebie zachowania jednolitości i równomiernego zachowania zasad. Stanowisko to znalazło poklask na odbytej ankiecie (str. 393, 404).

Nie można jednak przytem przeoczyć dwóch rzeczy, a to pierwszej: że całkowite bez reszty wydzielenie stosunków wodnych z kodeksów cywilnych nie da się uskutecznić, [7]) gdyż zwłaszcza w dziedzinie służebności i t. zw. prawa sąsiedzkiego normy ogólne prawa cywilnego stanowić też będą o stosunkach wodnych (dowodem tego np. przepis § 907 niem. k. c. stanowiący zakaz pogłębiania gruntów ze szkodą dla sąsiada, który znajduje z natury rzeczy zastosowanie do odjęcia w ten sposób sąsiadowi wody podziemnej). Ustawa pruska uchyliła przepis art. 538 Kod. Nap. tylko, o ile tenże odnosi się do wód płynących lub ich brzegów, nie uchyliła więc tego przepisu co do miejsc przypływu i odpływu morza, portów, zatok i przystani; nie uchyliła również przepisu art. 644, który brzmi:

„Czyja własność przytyka do wody bieżącej nie uważanej, stosownie do art. 538 tytułu o różnych rodzajach majątków, za przynależytość własności publicznej, ten może korzystać z jej przebiegu do nawadniania swoich posiadłości.

Czyją dziedzinę woda bieżąca przerzyna, ten może jej nawet używać na przestrzeni, jaką tam przebiega, pod obowiązkiem wszakże, aby przy wyjściu z jego gruntu przywrócił ją do zwyczajnego biegu”.

Oprócz tego objęcie ustawą wodną w sposób możliwie wyczerpujący także przepisów prawa prywatnego może pociągnąć za sobą to następstwo, że w większej ilości przypadków — niż przy pozostawieniu tej materji w powszechnym kodeksie cywilnym — wątpliwą się stanie kompetencja władz do rozstrzygania sporów powołanych. W ustawie galicyjskiej (§ 75) i w projekcie galicyjskim (§ 77) można było rzecz formułować w ten sposób ogólny, że „wszystkie sprawy odnoszące się do używania, opieki, ochrony i pielęgnowania wód wedle niniejszej ustawy, należą do zakresu działania władz politycznych”. W ustawie pruskiej i w obecnym projekcie sformułowanie takie (pomijając nawet wprowadzone w ustawie pruskiej a w projekcie nierecypowane specjalne władze wodne pod nazwą „Schauämter, Wasserbeiräte, Landeswasserant”) [8]) nie byłoby już możliwe bez odpowiedniego ograniczenia lub zastrzeżenia, [9]) gdyż o prawach prywatnych orzekają w zasadzie sądy (ank. str. 401), jak to znalazło dobitny wyraz na obszarze obowiązywania kodeksu Napoleona w rozp. Księcia nam. z 10 października 1818 (dz. pr. VI. 232) [10]), rozgraniczającem zakres kompetencji władz administracyjnych i sądowych w sprawach wodnych w ten sposób, iż (art. 1)

przedsiębranie środków do wolnego odpływu wód, ile tego konieczna potrzeba ulepszenia rolnictwa, osuszenia dróg, lub zapobieżenia chorobom zaraźliwym na ludzi lub bydło, wymaga, jest atrybucją wyłączną władzy administracyjnej, (art. 2) spory zaś o własność, albo o prawo z umowy wynikające, lub o wynagrodzenie za szkody, pochodzące z przetrzymywania, lub podniesienia nieprawnego wody, należą do drogi sądowej, które to spory nie mogą atoli tamować działań władzy administracyjnej, wyrażonych w art. 1.

Oświadczając się zasadniczo za wyczerpaniem stosunków wodnych w ustawie wodnej [11]), należy mieć na oku potrzebę ścisłego rozgraniczenia zakresu władz sądowych i administracyjnych do orzecznictwa w sprawach tych powołanych, w ogólności wedle kryterjum prawa prywatnego z jednej a publicznego z drugiej strony.

Mówiąc o prawie prywatnem przychodzi do rozwiązania pytanie główne tyczące się prawnych właściwości wód, w szczególności podziału ich na publiczne i prywatne, w związku z własnością tychże. Projekt odstąpił tu od wzoru ustawy pruskiej, zatrzymując jedynie podział główny na wody płynące [12]) (Wasserlauf art. 1 nast.) i nie należące do wód płynących (art. 128 nast.). Wody płynące t. j. wody, które spływają stale lub czasowo po powierzchni ziemi w naturalnych lub sztucznych łożyskach wraz ze źródłami, tudzież jeziorami, stawami, sadzawkami i innemi zbiornikami, z których wypływają, jakoteż z ewentualnemi ich częściami podziemnemi (art. 1/i, § 1/1 ust. pruskiej), dzieli ustawa pruska na trzy rzędy, wedle ich znaczenia dla gospodarstwa wodnego. Wody płynące pierwszego rzędu, objęte dwoma spisami do ustawy dołączonymi a podlegającymi zmianie (wedle § 3/1) tylko w drodze ustawy [13]), ważne są ze względu na żeglugę [14]); stanowią one wedle § 7 w zasadzie własność Państwa. Wody płynące drugiego rzędu obejmuje (§ 4) spis urzędowy, do którego wciąga się nienależące do pierwszego rzędu przestrzenie wód płynących, mające większe znaczenie dla gospodarstwa wodnego; wszystkie inne przestrzenie należą do wód płynących trzeciego rzędu [15]).

Własność wód płynących drugiego i trzeciego rzędu przysługuje w zasadzie właścicielom gruntów nadbrzeżnych w odpowiednich udziałach (§ 8/1). Z różnych postanowień ustawy widoczne jest odmienne traktowanie wód różnych rzędów: zazwyczaj przeciwstawia ustawa wody płynące pierwszego rzędu takimże wodom drugiego i trzeciego rzędu, odróżnia jednak także niekiedy wody drugiego od wód trzeciego rzędu np. w § 115, 125 co do podmiotów obowiązanych do utrzymywania wód, w § 152 nast. co do regulacji wód i ich brzegów, w § 342 nast. co do oznaczenia właściwej władzy policji wodnej i t. p. Własność wód nienależących do płynących przyznaje ustawa pruska w zasadzie właścicielom dotyczących gruntów, ograniczając ją jedynie ze względów publicznych (§ 196 nast.).

W tym ostatnim względzie poszedł projekt obecny za wzorem ustawy pruskiej, co do wód płynących natomiast zajął stanowisko zbliżone do projektu galicyjskiej ustawy wodnej i kodeksu Napoleona, dzieląc wody na publiczne i prywatne (art. 2). Wodami publicznemi są:

a) na terytorjum b. zaboru pruskiego wszystkie wody zaliczone do wód pierwszego rzędu na podstawie pruskiej ustawy wodnej z dn. 7 kwietnia 1913 r.;

b) na terytorjum b. zaboru rosyjskiego i austrjackiego, rzeki żeglowne i spławne, uznane za takie w myśl dotychczasowych przepisów ustawodawstwa cywilnego i administracyjnego.

Publiczne wody płynące są wedle art. 4 własnością publiczną, wody prywatne są natomiast wedle art. 5), własnością właścicieli gruntów przybrzeżnych w miarę długości brzegu. Te ostatnie przepisy odpowiadają więc naogół odpowiednim przepisom ustawy pruskiej, o ile w miejsce wód pły-

nących pierwszego rzędu wstąpiły wody publiczne, którym wody tamte, ważne ze względu na żeglugę, zasadniczo odpowiadają [16]). Różnica zachodzi w tem, że w miejsce własności Państwa wprowadzono własność publiczną, co jednak oznacza w gruncie rzeczy to samo z równoczesnem zaakcentowaniem cechy dobra publicznego [17]). Kodeks Napoleona w art. 538 (tak samo kodeks włoski art. 427) uważa rzeki większe i mniejsze, żeglowne lub spławne, brzegi, miejsca przypływu i odpływu morza, porty, zatoki, przystanie, nie mogące stanowić własności prywatnej, za przynależytość własności publicznej (dependances du domaine public). Nauka odróżnia własność Państwa pozbywalną i ulegającą nabyciu przez przedawnienie od własności poświęconej użytkowi publicznemu, niepozbywalnej i przedawnieniu nie ulegającej i do tej ostatniej zalicza rzeki żeglowne lub spławne [18]).

Ustawa i projekt galicyjski (w § 1) dzielą również wody na publiczne i prywatne, a projekt zaznacza wyraźnie, że wody publiczne stanowią część dobra publicznego (§ 287 austr. u. c.). Do wód publicznych należą wedle ustawy galicyjskiej przedewszystkiem rzeki żeglowne i spławne (§ 2), obok tego zaś (wedle § 3) postanowiono, że wszystkie wody płynące i stojące są dobrem publicznem, o ile nie należą do kogo z mocy postanowień ustawy lub szczególnych tytułów prawa prywatnego. Projekt galicyjski (w § 2/1) uprościł rzecz w ten sposób, iż bez zmiany co do istoty, uznaje wszystkie wody za publiczne, o ile z mocy postanowienia ustawy (§ 3) lub szczególnych tytułów prawa prywatnego do kogo nie należą [19]). Wody prywatne wylicza ustawa (§ 4) i projekt galicyjski (§ 3) w czterech punktach, zaliczając tu w szczególności znajdującą się na gruncie właściciela wodę podziemną, wodę zbierającą się z opadów atmosferycznych, wodę zamkniętą w studniach, stawach i t. p., wreszcie odpływy wszystkich powyższych wód, o ile nie zlały się jeszcze do wody publicznej.

Z porównania tych przepisów widoczna, że projekt w odgraniczeniu wód publicznych i prywatnych zgodny jest w ogólności z systemem kodeksu Napoleona. Na odbytej ankiecie [20]) stanowisko to doznało silnego zaczepienia, przeważna część mówców oświadczyła się za rozszerzeniem pojęcia wód publicznych na wszystkie wody płynące; posunięto się nawet tak daleko, że żądano przyznania cech publiczności wodzie podziemnej [21]).

Rozpatrując kwestję publiczności wód płynących musi się oczywiście uznać za słuszne stanowisko zasadnicze, że woda płynąca jako taka, to jest żywioł w ciągłym ruchu będący, nie może być przedmiotem własności prywatnej w znaczeniu kodeksów cywilnych, gdyż co chwila części jej zmieniają się, nie ulegają więc rozporządzeniu właściciela gruntu [22]). Ma się rzecz w tym względzie podobnie jak ze słupem powietrza nad gruntem się wznoszącym, którego części składowe ciągłym ulegają zmianom. Niemniej jednak kodeksy przyznając właścicielowi gruntu słup powietrza nad gruntem się unoszącego, poddają jego rozporządzeniu przestrzeń nad tym gruntem wraz z jej każdoczesną zawartością; tak samo rozporządzeniu jego ulega przestrzeń gruntu stanowiąca koryto wody płynącej wraz z jej każdoczesną zawartością, pokrywającą odnośną część gruntu do pewnej wysokości, ponad którą unosi się znów słup powietrza [23]).

Jak zaś właściciel gruntu powietrzem nad tymże gruntem w sposób nieograniczony rozporządzać nie może, tak ulega też ograniczeniu jego prawo rozporządzania wodą przez jego grunt płynącą i samo to ograniczenie nie znosi jeszcze prawa własności.

Inna jest rzecz, czy i o ile wchodziłyby tu w grę zasady t. zw. uspołecznienia prawa własności. Ciągłość żywiołu w ruchu będącego i służącego z tego względu na pożytek wielkiej ilości ludzi i gruntów wywołuje pewną wspólność praw i interesów, której ustawodawcy zapoznać nie wol-

no. Normy prawne winny tedy stan ten uwzględniać, idzie tylko o wynalezienie właściwej linji granicznej między poszczególnemi uprawnieniami. Obecnie — jak to słusznie zauważono [24])—żyjemy w okresie przełomowym, w okresie przekształcania się wartości i stosunków prawnych; pewne instytucje reformy rolnej zmierzają wprost do uczynienia z prawa własności fundacji społecznej pozbawiając je dotychczasowej treści. Prąd ten sprzyjałby może tendencji objawionej na ankiecie, aby ze wszystkich wód płynących uczynić wody publiczne, czyli wody przeznaczone do użytku publicznego, jako dobro publiczne. Zważyć jednak należy następstwa ujemne, gdyby najmniejsze potoki (źródła) przepływające na znaczniejszej nawet długości przez grunta pewnych właścicieli traktować chciano jako wody publiczne [25]). Chociażby potoki te w dalszym ciągu wpadały do wód publicznych lub wogóle same niemi się stały, niema racjonalnej przyczyny, aby taki stan prawny wprowadzać już na pierwotnej ich przestrzeni. Brak tu jeszcze przeważającego interesu publicznego, któryby wymagał unicestwienia prawa rozporządzania wodą potoku przez właściciela gruntu; wystarczyć powinno wprowadzenie ograniczeń wskazanych zwłaszcza potrzebami właścicieli niżej położonych gruntów nadbrzeżnych. Zdrowe zaś zasady polityki ustawodawczej także odnośnie do ukształtowania prawa własności gruntowej prowadzić winny raczej do uszanowania praw indywidualnych, tego bodźca dla pracy i pilności gospodarczej, jak to niejednokrotnie także w tem gronie wywiódł znakomicie prof. Petrażycki. Swobody indywidualne, zaprzeczenie feudalizmu, jako zapory dla wszelkiej samodzielności i twórczości, przyświecać winny jako dziecko wielkiej rewolucji francuskiej, także ustawodawcy polskiemu. Nie należy krępować własności gruntowej tam, gdzie niema ku temu przeważającej społecznej potrzeby. Niech każdy gospodarz czuje się rzeczywiście panem na swoim gruncie [26]). Ten tok myśli prowadzi nas do zaakceptowania w całej pełni, a w wyraźnem przeciwstawieniu do zasady prawa rzymskiego: flumina omnia sunt publica [27]), stanowiska projektu co do rozgraniczenia wód publicznych jako dobra publicznego od wód prywatnych jako przedmiotu własności prywatnej [28]). Ograniczenia nakazane istotą rzeczy w wykonywaniu tejże własności wprowadza projekt w dostatecznej mierze: całkowite zaś zniesienie prywatnego prawa własności wskazane jest dopiero tam, gdzie wchodzą w grę interesy żeglugi.

Części prywatnych wód płynących, przypadające właścicielom nadbrzeżnym [29]) określa projekt (art. 5/5) jako przynależność gruntu nadbrzeżnego; określenie to, przejęte z ustawy pruskiej (§ 8/5), gdzie mowa jednak o „części składowej“, wymaga pewnej wykładni. Jeżeli przez wodę płynącą rozumie się i jej koryto, a więc parcelę rzeczną, parcela ta wraz z wodą nią przepływającą stanowi grunt odrębny dla siebie, który w katastrze [30]) jako taki powinien być uwidoczniony i którego własność też odrębnie traktowaną być musi. Wszakże projekt zajmuje się w osobnym artykule (8) kwestją granicy między wodą płynącą a gruntem nadbrzeżnym [31]) a w art. dalszym (9) przewiduje przypadek, jeżeli woda opuści swoje łożysko lub nastąpi podniesienie dna ponad zwykły stan wody, które przy tym stanie nie łączy się z brzegami, lecz powstaną wyspy, kępy i t. p., stanowiąc, że prawo własności do tych osuszonych powierzchni nie ulega zmianie. Postanowienia te, odnoszące się również do wód prywatnych, mają oczywiście za przesłankę, że idzie o odrębny przedmiot własności. Prywatną wodę płynącą wraz z korytem ustosunkować tedy można do gruntu nadbrzeżnego tylko w tem znaczeniu, że stanowiąc odrębny przedmiot własności związana jednak jest z własnością gruntu nadbrzeżnego na sposób przynależności, dzieląc jej losy, tak, że nie może się stać aktem odrębnego pozbycia, jak to ma miejsce i w innych przypadkach, gdy grunt pewien np. pastwisko, las, stanowi przynależność innego gruntu [32]).

Przy prywatnych wodach płynących bezprzedmiotowem staje się także unormowanie własności przymulisk, jakie znajdujemy w art. 12 proj., że mianowicie przymuliska przypadają na rzecz właścicieli nadbrzeżnych gruntów: jeżeli bowiem odnośne części koryta rzecznego są już własnością tych właścicieli, to nie mogą im dopiero przypaść wskutek powstania w tem miejscu przymuliska [33]).

Przymuliska jako przedmiot nabycia własności wskutek przyrostu na rzecz właścicieli gruntów nadbrzeżnych mają zaś zastosowanie przy płynących wodach publicznych [34]). Tu rzeczywiście część koryta rzecznego, która stanowiła dotąd dobro publiczne, przez pokrycie się lądem i przyłączenie się do gruntu nadbrzeżnego przechodzi na własność właściciela tego gruntu [35]). Podobnie ma się rzecz w przypadku oderwiska (art. 13), jeżeli właściciel poprzedni nie skorzystał w ciągu roku ze swego prawa do odebrania oderwanego kawałka gruntu w drodze sądowej [36]). W obu przypadkach uznane więc jest pewne rzeczowe prawo pierwszeństwa do nabycia gruntów przyrastających na rzecz właścicieli gruntów nadbrzeżnych. Zachodzi pytanie, jak powinien być unormowany przypadek, gdy przyrost taki wywołała nie siła natury od woli ludzkiej niezależna, ale siła ludzka, w szczególności roboty konserwacyjne lub regulacyjne. W przypadkach takiego przyrostu sztucznego, polegającego na utworzeniu przymuliska przez budowle czy to na tymże samym gruncie następnie z koryta rzecznego w ląd zamienionym, czy też przedewszystkiem w innych miejscach, zasady ogólne prawa cywilnego [37]) nie stałyby na przeszkodzie przyjęciu dwojakiej konstrukcji: albo że przymulisko staje się własnością właścicieli gruntów nadbrzeżnych, którzy mają wszakże obowiązek zwrotu wydatków łożonych na jego utworzenie, albo że przymulisko utworzone kosztem skarbu państwa na jego gruncie, bo w korycie wody płynącej, które stanowiło dotąd własność tegoż skarbu, poświęcone jednak użytkowi publicznemu, i jako dobro publiczne niepozbywalną ani nabyciu w drodze przedawnienia nie ulegającą, pozostaje w jego własności, ale zmieniwszy cechę istotną, może i ze względów racjonalnej gospodarki powinno być pozbyte przedewszystkiem uprawnionym z tytułu pierwszeństwa rzeczowego właścicielom gruntów nadbrzeżnych za zwrotem wartości. Ustawa wodna galicyjska (§ 47) i projekt galicyjski (§ 41) przyjmowały te ostatnią konstrukcję; projekt obecny (art. 93, 112) za ustawą pruską (§ 140, 162) przyznaje przymuliska powstałe wskutek robót konserwacyjnych i regulacyjnych, właścicielom nadbrzeżnych gruntów, którzy mogą jednak objąć je w posiadanie i użytkowanie tylko za zwrotem wartości przymulisk, nie mogącej przewyższać wyłożonych kosztów. Już na ankiecie (str. 396 nast.) zwracałem uwagę na logiczną sprzeczność tego postanowienia, równającego się w wyniku kupnu przez właściciela własnego gruntu od osoby trzeciej. Może być mowa tylko o zwrocie kosztów, które oczywiście będą tylko stosunkowe i nie mogą przewyższać wartości przymuliska [38]).

O zmianie łożyska traktuje projekt w trzech artykułach (9—11). Art. 9 obejmuje w szczególności przypadki art. 557, 560 i 561 Kod. Nap., ściągając je w jedno krótkie prawidło [39]). Przypadku art. 562 [40]) tegoż kodeksu osobno nie unormowano, co jednak nie stanowi usterki, skoro rozstrzygnięcie tego przypadku — zapewne rzadszego — nie nasuwa już wedle ogólnych zasad żadnych wątpliwości. W razie zmiany łożyska skutkiem wypadków żywiołowych [41]) nowe koryto wody płynącej publicznej staje się, czem było dawniejsze, dobrem publicznem, nowe zaś koryto wody płynącej prywatnej własnością właścicieli gruntów nadbrzeżnych [42]). W pierwszym przypadku słusznem jest, aby państwo, które staje się właścicielem nowego koryta, odszkodowało dawniejszych jego właścicieli; to też wyrażają ustępy 2 i 3 art. 10, wedle których ci dawniejsi właściciele otrzymać mają odszkodowanie przedewszystkiem w postaci części opuszczonego łożyska: posta-

nowienie to, odbiegające od wzoru pruskiego (§ 15/2), stanowiącego tylko ogólnie obowiązek odszkodowania za utratę własności, nastręcza wątpliwości co do swej praktyczności, gdyż oznaczenie tej części „odpowiedniej, stosownie do zabranego im gruntu“ natrafi na znaczne trudności i tak samo też oznaczenie należącego się „w razie niemożności zwrotu jej wartości“ [43]). W przypadku wyjątkowym, gdy stare łożysko nie jest dobrem publicznem, ma właściciel w miarę osiągniętych korzyści przyczynić się do odszkodowania. Na ank. (str. 405) zakwestjonowano obowiązek państwa odszkodowania, jednak niesłusznie, skoro nastąpiło tu wzbogacenie się jego (dobra publicznego) kosztem poprzednich właścicieli nowego łożyska.

W razie zmiany koryta przez wodę prywatną nie ustanowiono podobnego obowiązku odszkodowania, mimo że i tu następuje, oprócz szkody wyrządzonej zalaniem gruntów, zmiana ich własności, która stosuje się odtąd do linji granicznych nowego biegu wody [44]). W miejsce tego interesowani mają prawo w ciągu roku do przywrócenia stanu dawnego, którego przeprowadzenie w projekcie (inaczej w ustawie pruskiej) nie jest szczegółowo unormowane [45]).

O użytkowaniu wód płynących traktuje projekt w rozdziale III, obejmującym 57 artykułów (14 — 70). Zarówno ustawa (§ 75) jak i projekt galicyjski ustawy wodnej (§ 77) przekazywały sprawy tyczące się używania wód wedle danej ustawy władzom politycznym; odgraniczenie kompetencji natrafiało jednak, zwłaszcza przy wodach prywatnych, na trudności i powstawały liczne spory kompetencyjne [46]). Obecnie gdyby zabraknąć miało postanowienia podobnego w projekcie, w części piątej traktującej o władzach i postępowaniu, trudności te byłyby jeszcze znaczniejsze, skoro się uwzględni brzmienie powołanego wyżej art. 2 rozp. ks. nam. z 10 października 1818, przekazującego na obszarze obowiązywania kodeksu Napoleona spory o prawo użytkowania z rzeczy lub gruntów do drogi sądowej. A wszakże w rozdziale III, mowa jest w szczególności także o użytkowaniu przez właściciela. Zapatrywanie prawników francuskich w tym względzie, komentujących art. 645, nie pozostawia żadnej wątpliwości, że oświadczają się za kompetencją sądową [47]). Postanowienia np. art. 33 proj. (w ślad za § 43 ustawy pruskiej) odpowiadają przepisom art. 644 kod. Nap., pojmowanym tam oczywiście jako norma prawa prywatnego.

Niemniej jednak przyznać można, że tam gdzie wchodzą w grę interesy publiczne, stosowanie ich także w zakresie użytkowania wód płynących należeć powinno raczej do właściwości władz wodnych administracyjnych (względnie sądownictwa administracyjnego). Będzie to się tyczyło zwłaszcza użytkowania powszechnego, które projekt dopuszcza zarówno odnośnie do wód publicznych jak prywatnych, co do tych ostatnich w nieco szczuplejszym zakresie [48]). Tu jednak znowu np. art. 21, 106/5 proj. traktują o ścieżce i drodze holowniczej, wspomnianej także w art. 556/2, 650 kod. Nap. [49]).

Jeżeli prawa wodne wymienione w art. 36 proj. nie wypływają już z innych przepisów prawnych [50]), lub jeżeli użytkowanie wód płynących nie jest dozwolone z mocy przepisów o użytkowaniu powszechnem, stanowią owe prawa przedmiot nadania przez władzę wodną [51]), wszakże nadane prawo wedle art. 56 może być przedmiotem sporu sądowego (tj. można go dochodzić w drodze prawa, jak wyraża się poprawniej § 81 ust. pruskiej [52]). Mają przytem odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące roszczeń wypływających z prawa własności. Prawo nie może być oddzielone od przedsiębiorstwa, któremu zostało nadane i przechodzi wraz z niem na następców prawnych. Jeżeli prawo jest przywiązane do własności gruntowej (art. 36/4), nie może być oddzielone od tej własności i przechodzi na następców prawnych tylko wraz z własnością gruntu i przedsiębiorstwem.

Mamy tu zatem uzasadniony naturą danego stosunku przypadek przynależności prawa do gruntu względnie przedsiębiorstwa.

Jeżeli zamierzone użytkowanie wody płynącej wpływa szkodliwie na dobro publiczne lub prawa osób trzecich, może ono być uzależnione od pewnych warunków, w razie zaś sprzeciwiających się jemu przeważających względów prawa publicznego, należy nadania odmówić lub zastrzec warunki zabezpieczające powyższe względy. Wyjątkowo traktowany jest m. i. przypadek, gdy prawo przedsiębiorcy oparte jest na tytule szczególnym (więc np. na akcie prawnym zawartym z właścicielem wody płynącej § 50/2 ust. pruskiej). Tu władza wodna rozpoznać będzie musiała kwestję wchodzącą w zakres prawa prywatnego jako przesłankę własnego urzędowania.

Przedsiębiorca może być zobowiązany do wynagrodzenia szkód nadaniem wywołanych z pewnymi wyjątkami, do których należy szkodliwa zmiana stanu wód gruntowych, za którą z reguły nie należy się odszkodowanie [53]). Właściciele gruntów lub urządzeń, które ucierpiałyby znaczniej, mogą żądać nabycia ich przez przedsiębiorcę, z prawem pierwokupu, o ileby odstąpiony kawałek gruntu następnie stał się zbędnym i miał być sprzedany (art. 43/2 mówi o stosowaniu „odnośnych przepisów o ustawowem prawie pierwokupu", gdy ustawa pruska powołuje § 57 ust. o wywłaszczeniu z 10 czerwca 1874 r. [54]) — nie wiadomo, jakieby to były przepisy w innych b. dzielnicach, skoro np. dekret z 7 lutego 1919 poz. 162 dzpr. postanowienia takiego nie zawiera). Obowiązek wynagrodzenia za użytkowanie wody płynącej nie może być na przedsiębiorcę nałożony: postanowienie to na ankiecie (str. 397) zakwestjonowane, ma widocznie na celu ułatwienie przemysłu wodnego i powinnoby być raczej zatrzymane [55]).

Pokrewne z art. 643 kod. Napoleona [56]) jest postanowienie art. 50 projektu, o prawie gmin i innych jednostek administracyjnych domagania się nadania prawa użytkowania wody publicznej lub prywatnej do gospodarstwa domowego lub innych celów publicznych [57]); postanowienie to przyjęto za ustawą i projektem galicyjskim (R o ż a ń s k i ank. str. 390).

W razie szkodliwego oddziaływania nadanego prawa wodnego na prawa trzecich osób te nie mogą już żądać zniesienia tego prawa, lecz tylko użycia środków zapobiegawczych lub odszkodowania; tu więc ma się do czynienia z wprowadzonym ze względów rozumnej polityki socjalnej przypadkiem odpowiedzialności za skutki bez winy [58]). Zniesienia lub ograniczenia nadanego prawa żądać mogą jedynie korporacje publiczne z powodu przeważających szkód i niebezpieczeństwa dla dobra publicznego, a to tylko za odszkodowaniem, o którem orzeka władza wodna (odmiennie niż w przypadku art. 2 rozp. ks. nam. z 10 października 1818) [59]). O ile ze zniesienia nadania odnoszą korzyść osoby trzecie, winny one przyczyniać się do odszkodowania. Do drogi sądowej należeć ma tylko ewentualne poszukiwanie zwrotne przeciw osobom, które przez złożenie świadomie nieprawdziwych dowodów i oświadczeń uzyskały nadanie. Przypadki, w których nadanie cofnięte być może bez odszkodowania, wylicza art. 59 proj.; z tych podnieść tu należy pierwszy: jeżeli nadanie udzielono na podstawie dowodów nieprawdziwych, świadomie wprowadzonych a powstały bardzo znaczne szkody i niebezpieczeństwa dla dobra publicznego. Przypadek ten różni się od poprzednio wspomnianego głównie tem, że tam okoliczność, że dowody były nieprawdziwe, później dopiero na jaw wyszła.

Z przepisów o urządzeniach piętrzących wodę [60]) podnieść należy art. 62, przewidujący ustalenie prawa do piętrzenia i dopuszczalnej wysokości jego w drodze sporu sądowego. I tutaj o różnych roszczeniach o odszkodowanie orzekają władze wodne (z zastrzeżeniem drogi prawa wedle art. 248 proj.).

Co do dalszych dwóch rozdziałów projektu traktujących o utrzymaniu wód płynących i ich brzegów (art. 71 — 101) i o regulacji i ubezpieczeniu

brzegów wód płynących (art. 102—115) wyrażono na ankiecie (str. 396) życzenie o ich złączenie, co jednak natrafiłoby zapewne na trudności, skoro regulacja już z istoty swej wymaga częściowo odrębnych przepisów (art. 104 proj.) [61]).

Obowiązek utrzymania wód płynących i ich brzegów uznaje projekt (art. 71) za zobowiązanie publiczno prawne, chociaż dopuszcza także zawieranie umów co do obowiązków utrzymywania ze skutkiem prywatno prawnym, [62]) podpadające oczywiście pod orzecznictwo sądów (a contr. art. 84). W innem miejscu (art. 80), przewidziano, że ktoś może być publiczno-prawnie obowiązany do utrzymywania prywatnej wody płynącej naturalnej lub sztucznej, albo jej brzegów z mocy specjalnego (lepiej: szczególnego) tytułu (ust. 1 l. 1) [63]), a dalej (l. 4), że państwo, spółka wodna lub inna korporacja prawa publicznego przejąć mogły na mocy umowy zawartej ze zobowiązanym do utrzymywania za zgodą władzy wodnej ze skutkiem publiczno-prawnie wiążącym [64]) obowiązek utrzymywania wody płynącej lub jej brzegów.

Stosunki prawne między obowiązanymi do utrzymywania naturalnych wód płynących a właścicielami gruntów unormowano szczegółowo przez ustanowienie różnych tzw. służebności ustawowych [65]) z obowiązkiem odszkodowania; pozatem wynagrodzenie za szkody spowodowane przez roboty przy utrzymaniu o tyle tylko może być żądane (art. 98), o ile szkodom tym przez zachowanie potrzebnej staranności można było zapobiedz. Tu więc kwestja winy wchodzi znowu w grę. Spory wedle art. 99 rozstrzyga (zarządzenia wydaje) władza wodna.

Przy regulacji (i ubezpieczeniu brzegów) wód płynących [66]) nie można się z reguły obejść bez dotkliwego wkroczenia w sferę majątkową osób trzecich [67]). Tu więc wymagały unormowania obowiązki przedsiębiorcy wzniesienia urządzeń potrzebnych dla ochrony gruntów i td. tudzież wynagrodzenia zrządzonych szkód. O wszystkich zarzutach i roszczeniach interesowanych orzeka wedle art. 113/3 proj. władza wodna. Roszczenia, których przedawnienie określa art. 114/2 proj., mogą być podawane także po zatwierdzeniu projektu.

Odrębne postanowienia zawiera projekt w przedmiocie ochrony od powodzi. W celu tej ochrony pewne czynności mogą być przez władzę wodną właścicielom gruntów w przekroju przepływu wielkiej wody zakazane bądź nakazane, do innych wymagane jest zezwolenie tej władzy. Są to więc ograniczenia prawa własności gruntowej ze względów publicznych wprowadzone Na wodach płynących niedostatecznie obwałowanych już samo oznaczenie przez władzę wodną obszaru zalewu pociąga za sobą ograniczenia własności w tym obszarze położonej. W tym zakresie w jednym tylko przypadku przewiduje projekt drogę sporu sądowego: dotyczy on odmowy zezwolenia na wzniesienie urządzenia ochronnego (grobli, wału i t. p.) w miejsce istniejącego bez wywołania większych przeszkód dla odpływu wielkiej wody niż dotychczas. Gdy mianowicie odmawia się takiego zezwolenia wskutek sprzeciwu osoby interesowanej, osoba wnosząca sprzeciw ma zapłacić odszkodowanie, które określa władza wodna. Orzeczenie jej może być zaskarżone w zwykłej drodze prawa w ciągu trzech miesięcy od dnia doręczenia [68]). W celu usunięcia wzniesień może być przez władzę wodną przyznane prawo wywłaszczenia. Może być także zabronione za ewentualnem odszkodowaniem użytkowanie wałów, któreby zmniejszało ich odporność. Właściciele gruntów, należących do związku wałowego i gruntów znajdujących się między wałami i wodą płynącą są obowiązani do odstąpienia gruntów potrzebnych pod urządzenia wałowe i do poddania się różnym ograniczeniom i sposobom eksploatacji ich własności. O potrzebie i rozmiarze wywłaszczenia i ograniczeń, tudzież o odszkodowaniu rozstrzyga władza wodna; orzeczenie o wysokości odszkodowania ulega znowu zaskarżeniu w ciągu trzech miesięcy na zwykłej drodze prawa [69]). Podobny

przypadek zastrzeżenia drogi prawa ma miejsce odnośnie do oznaczenia odszkodowania należącego się od przedsiębiorstwa utrzymującego wały właścicielom zażądanych materjałów, do obrony wałów podczas wielkiej wody zagrożonych

Bez ograniczenia przysłuża zaś wedle art. 125 projektu pociągniętym tymczasowo do utrzymania lub odbudowy wału prawo dochodzenia na drodze sądowej roszczeń o zwrot datków lub wartości świadczeń. Dla uregulowania przyszłych świadczeń tworzy się związek wałowy. W rozdziale tym znajdujemy też przepis zastrzegający zezwolenie władzy wodnej dla budowy, przebudowy lub zniesienia wałów, służących dla ochrony przed falami morza Bałtyckiego [70]). Na tem kończy się część I projektu traktująca o wodach płynących; od systemu ustawy pruskiej różni się projekt w tem, że obejmuje pierwszą częścią także wzmiankowane przepisy o ochronie od powodzi, które ustawa pruska zamieszcza w osobnym rozdziale czwartym (§ 284 do 329); z drugiej strony obejmuje ustawa pruska w siódmym tytule pierwszego rozdziału (§ 182—195) przepisy o księgach wodnych, którym odpowiada w projekcie jeden tylko artykuł (249) części piątej, traktującej o władzach i postępowaniu. Ustawa pruska przeznacza bowiem księgi wodne tylko dla wód płynących; uwidacznia się w nich prawa używania, prawa przymusowe i obowiązek utrzymywania.

Część druga projektu, tak samo jak rozdział drugi ustawy pruskiej, traktuje o wodach nienależących do wód płynących (art. 128—136) [71]).

Art. 128 stawia zasadę ogólną, że właściciel gruntu rozporządzać może wodą znajdującą się na powierzchni i pod powierzchnią tego gruntu.

Jest to wynik prawa własności w rozumieniu prawa cywilnego [72]). Zastrzeżenie uczyniono: o ile co innego nie wypływa z przepisów niniejszej ustawy, w szczególności zaś z przepisów o wodach płynących i ich użytkowaniu oraz o ile temu nie sprzeciwiają się prawa osób trzecich. Zastrzeżenie dotyczące wód płynących ma w szczególności znaczenie dla czynności właściciela gruntu naruszających prawa właściciela wody płynącej, polegających np. na odprowadzaniu wody [73]). Prawa osób trzecich polegać mogą na tytule prawa prywatnego, podpadającym pod orzecznictwo sądów albo znowu na stosunkach t. zw. prawa sąsiedzkiego, unormowanych w części w dalszych artykułach.

Co do naturalnego odpływu wody z gruntu wyżej położonego odstąpił projekt (art. 129) od wzoru pruskiego. [74]) Ustawa pruska postanowiwszy w § 197 (co przyjął projekt co do istoty w drugiem i trzeciem zdaniu art. 129), że właściciel gruntu odpływu wody spływającej nadziemnie nie korytem (dziko) nie może sztucznie zmieniać tak, aby przez to grunta niżej położone były uciążone, (pod który to zakaz nie podpada zmiana odpływu wody wskutek zmienionego gospodarczego używania gruntu), przepisuje następnie w § 198/1, że właściciel gruntu uprawniony jest wodę taką dziko z innego gruntu spływającą od swojego gruntu powstrzymać. W rozdziale zaś o prawach przymusowych (§ 330) uprawnia właściciela gruntu wyżej położonego do żądania od właściciela gruntu niżej położonego przyjęcia bez odszkodowania wody dziko spływającej, jeżeli nie jest w stanie odprowadzić tej wody bez niestosunkowych kosztów a wyjątek wprowadza tylko na ten wypadek, jeżeli właściciel gruntu niżej położonego wody bez znacznych kosztów dalej odprowadzić nie może, obowiązując tegoż właściciela do przyjęcia wody tylko za odszkodowaniem i tylko wtedy, jeżeli korzyść właściciela gruntu wyższego jest znacznie wyższa od jego szkody. [75]) Już jednak w ustępie drugim § 198 uczyniono zastrzeżenie m. i. na rzecz części kraju, w których obowiązywało dotąd prawo francuskie, w tym kierunku, że tam właściciel gruntu o kulturze rolnej obowiązany jest cierpieć wywołany naturalnemi stosunkami terenu odpływ wody z innego gruntu o kulturze rolnej. [76])

Projekt wprowadza jako służebność ustawową ogólny obowiązek gruntów niższych przyjmowania wód, jakie naturalnie bez przyłożenia ręki ludzkiej z gruntów wyższych spływają, postanawiając, że właściciel gruntu niższego nie może temu odpływowi przeszkadzać. Motywowane to jest tem, że zasada taka jest konieczną dla ochrony gruntów przed zabagnieniem, zwłaszcza mających małe spady i z natury zanadto mokrych, jak to ma miejsce przeważnie u nas. Nasuwają się tu wątpliwości. W ustawie (§ 11) i projekcie (§ 34) galicyjskim, zawierających podobne postanowienia, dodano jednak do zakazu skierowanego do właściciela gruntu niższego ograniczenie, że przeszkodzenie naturalnemu odpływowi nie może mieć miejsca z e s z k o d ą gruntu wyższego; w projekcie zamieszczono nadto wyjątek od zasady na korzyść zarządzeń koniecznych dla prawidłowej uprawy gruntów rolnych. [77])

Powoływanie się na brzmienie art. 640 kod. Nap. nie jest tu rozstrzygające, bo przepis ten nie uwzględnia różnych możliwości. [78]) Możliwości te rozpatrzyła jednak nauka i jurysprudencja, przyjmując, [79]) że właścicielowi gruntu niższego nie może być zabronionem dokonywać takich robót, któreby czyniły dlań służebność lżejszą a nie przynosiłyby szkody właścicielowi gruntu wyższego i innym właścicielom gruntów niżej położonych. [80])

W dalszych artykułach wprowadza projekt, za wzorem ustawy pruskiej, różne ograniczenia prawa własności do wód, nienależących do wód płynących, i tak co do jezior (ze względu na stan wód prywatnych, na prawa użytkowania innych, w szczególności także powszechne użytkowanie), co do zabierania wody podziemnej, [81]) co do piętrzenia wody gruntowej doliny zapomocą podziemnych urządzeń, co do wpuszczania do ziemi materji, przez które woda podziemna, woda płynąca lub jezioro uległyby zanieczyszczeniu ze szkodą dla innych. [82])

Prawa nieprzysługujące właścicielowi według art. 131, 132 i 133 mogą być przez niego samego a za jego zgodą i przez innych nabyte w drodze nadania; w ten sposób właściciel uzupełnia zakres uprawnień zazwyczaj z samemże prawem własności połączonych, trzecie zaś osoby nabyć mogą prawa rzeczowe na cudzej rzeczy. Również tylko w drodze nadania nabywa się prawo odprowadzenia wody gruntowej (podziemnej) dla jej użycia lub zużycia poza granicę swej posiadłości gruntowej. Postanowienie to odbiegające od ustawy pruskiej, wymagającej tylko policyjnego zezwolenia na prowadzenie wodociągów, a także od ustawy i projektu galicyjskiego, motywowano [83]) ważnością gospodarczą dla społeczeństwa należytej budowy wodociągów. [84])

Prawo własności właścicieli gruntów nadbrzeżnych do jezior nienależących do wód płynących, ma być w braku innych danych, ocenione wedle odpowiednich przepisów o wodach płynących. Za wody stojące uważane są wedle art. 1/3 jeziora, posiadające jedynie sztuczny odpływ. [85])

W części trzeciej traktuje projekt o prawach przymusowych [86]). Do nich zalicza przymusowe ustanowienia służebności i wywłaszczenia na rzecz zakładów wodnych. O wysokości odszkodowania orzeka władza wodna zarówno jak o potrzebie, rozmiarze i rodzaju służebności lub odstąpienia gruntów. [87])

Pod pewnymi warunkami przedsiębiorcy urządzeń do odwodnienia gruntów lub do odprowadzenia wód zanieczyszczonych, obowiązani są zezwolić na wspólne użytkowanie tych urządzeń osobom trzecim. [88])

Właściciel lub użytkowca gruntu nadbrzeżnego może dla celów własnego gospodarstwa żądać za odszkodowaniem od właściciela naturalnej wody płynącej zezwolenia na urządzenie schodów, mostów, schronisk dla czółen, pralni, palów do przywiązywania lub podobnych zwyczajnych urządzeń. Jest to więc służebność obciążająca koryto wody płynącej. [89])

W razie pożaru lub czasowego braku wody może władza wodna wydać zarządzenia wskazane interesem publicznym co do czasowego użycia wód publicznych i prywatnych. Przepis ten przyjęto z ustawy i projektu galicyjskiego [90]). Z tego samego źródła pochodzi przepis uprawniający władzę wodną do wydania osobnych zarządzeń co do używania i zagospodarowania gruntów za odpowiedniem odszkodowaniem, dla ochrony zakładów zaopatrujących w wodę do picia i użytkową [91]). Obszary ochronne ustanawia się również dla ochrony naturalnych albo sztucznie ujętych źródeł mineralnych i cieplic, których utrzymanie z powodu działania leczniczego wskazane jest przeważającemi względami na dobro ogółu. Właścicielowi gruntu ograniczonemu w swobodnem używaniu tegoż przysługuje przeciw posiadaczowi źródła roszczenie o odszkodowanie [92]). Na ankiecie (str. 398) poruszono, że przepisy o ochronie źródeł leczniczych powinnyby się mieścić w będącej w opracowaniu ustawie zdrojowej.

Roboty przygotowawcze na cudzych gruntach w celu wykonania urządzeń wodnych mogą być pozwolone przez władzę wodną, która oznacza zabezpieczenie wynagrodzenia szkody, jakie na żądanie dać winien przedsiębiorca. Odszkodowanie oznacza władza wodna, roszczenie przedawnia się w ciągu roku. W ustawie (§ 77) i projekcie galicyjskim (§ 49), skąd przepis ten przejęto, brakowało powyższego postanowienia o przedawnieniu, natomiast dla oznaczenia odszkodowania przewidziano w ciągu roku po prawomocności orzeczenia władzy politycznej drogę sądową postępowania niespornego w analogicznem zastosowaniu ustawy o wywłaszczeniach kolejowych.

Część czwarta projektu traktuje o spółkach wodnych i związkach wałowych. Spółki wodne dla najrozmaitszych celów w art. 147 wyliczonych mogą być tworzone pod warunkiem złożenia dowodu, że przedsiębiorstwo służy dla dobra publicznego lub ma na celu wspólny gospodarczy pożytek. Projekt przewiduje tworzenie spółek także na podstawie uchwały większości przy równoczesnem przymusowem pociągnięciu do udziału w spółce mniejszości a nawet bez zgody większości. Do spółki będącej osobą prawną należą przedewszystkiem właściciele gruntów, kopalń i zakładów przemysłowych w przedsiębiorstwie interesowanych. Członkowie spółki mogą żądać od niej wynagrodzenia za szkody wyrządzone ich gruntom, kopalniom lub zakładom przemysłowym przy uwzględnieniu korzyści wynikających z urządzeń spółki. Ciężary spółki są ciężarami publicznemi. Spory o przynależność do spółki mogą być rozstrzygane w drodze administracyjnej; do władzy wodnej może być wniesiona skarga przeciw uchwale zarządu spółki tyczącej się pociągnięcia do udziału w ciężarach spółki i wymiaru datku udziałowego. Do tejże władzy wnosi się zażalenie przeciw zarządzeniom zarządu. Zaległe datki udziałowe jakoteż kary i koszta ściąga się w drodze administracyjnej. Na wstępowanie lub występowanie członków potrzeba zezwolenia władzy wodnej.

Dla pewnych celów w projekcie szczegółowo wymienionych mogą być sprzeciwiający się właściciele gruntów i td. zmuszeni do przystąpienia do spółki, jeżeli przedsiębiorstwo przedstawia przy uwzględnieniu ciężarów spółki korzyści dla sprzeciwiających się, przy spółkach zaś dla utrzymania wód w czystości także, gdy przedsiębiorstwo służy do usunięcia zanieczyszczenia spowodowanego przez sprzeciwiających się [93]). Właściciele gruntów, dla których przedsiębiorstwo nie przedstawia żadnych korzyści, mogą być zmuszeni do przystąpienia do spółki, o ile to jest potrzebne dla uzyskania lub utrzymania wolnego odpływu, albo do przeprowadzenia urządzeń do odwodnienia i nawodnienia.

Spółki wreszcie przymusowe, bez zgody interesowanych, mogą być zawiązane:

1) dla utrzymania naturalnych prywatnych wód płynących;

2) dla usunięcia przeszkód w odpływie wielkiej wody, jeżeli to jest potrzebne dla ochrony od powodzi;

3) dla obwałowania wód płynących, celem ochrony przed wspólnem niebezpieczeństwem;

4) dla utrzymania wód w czystości, jeżeli znaczne zanieczyszczenie inaczej nie da się usunąć.

Tu następuje utworzenie spółki przez wydanie statutu, przez władzę administracyjną drugiej instancji. W razie sporu orzeka władza administracyjna po przeprowadzeniu rozprawy o tem, czy zachodzą warunki dla zastosowania przymusu do przystąpienia do spółki.

Z przytoczonych dotąd niewielu tylko szczegółów tyczących się urządzenia spółek wodnych widoczne już są ich cechy charakterystyczne: są to spółki o charakterze wybitnie publiczno-prawnym, podlegające w znacznej mierze wpływom władz wodnych. A jednak nie są też pozbawione przymieszki prawa prywatnego: tak np. przepisuje art 191/2 projektu, że do postępowania likwidacyjnego należy odpowiednio stosować odnośne przepisy ustawy cywilnej. Pojęcie spółek przymusowych na pierwszy rzut oka wydaje się jako samo w sobie sprzeczne. W ustawie i projekcie galicyjskim (§ 60) znane też były tylko spółki tworzone z mocy uchwały większości interesowanych. Jeżeli projekt poszedł w tym względzie za wzorem pruskim, [94]) to należy temu przyklasnąć. Już bowiem przy spółkach zawieranych na podstawie uchwały większości ma się do czynienia z tworem skombinowanym, w którym w miejsce zgody opornej mniejszości wstępuje zarządzenie władzy statut zatwierdzającej. Jeden krok dalej, a zarządzenie to wstępuje w miejsce zgody nawet większości. W obu przypadkach o dopuszczalności takiej konstrukcji decydować może tylko istnienie przeważających względów publicznych, na straży których stoją w mocy urzędu swego władze administracyjne.

Przechodząc do omówienia części piątej projektu pod napisem: „O władzach i postępowaniu” scharakteryzować ją możemy ogólną uwagą, że projekt przez władzę — z pominięciem sądów — rozumie tylko władze wodne administracyjne. Już wyżej zaznaczyliśmy, że stanowisko takie nie da się pogodzić z wciągnięciem do ustawy przepisów z zakresu prawa prywatnego, które wymagałyby raczej ścisłego odgraniczenia właściwości władz administracyjnych od władz sądowych.

Władzami wodnemi są: Ministerstwo Robót Publicznych i niższe władze administracyjne dwóch instancji. Wprowadzonych w ustawie pruskiej organów samorządowych (Schauämter i rady przyboczne wodne [oprócz tego istnieją także rady przyboczne dróg wodnych]), a także krajowego urzędu wodnego nie przyjęto, co na ankiecie (str. 399) odnośnie do czynnika obywatelskiego było w części kwestjonowane.

Przepisy o postępowaniu administracyjnem, których niema zresztą skodyfikowanych jako całość w b. zaborze rosyjskim i austrjackim, zebrano w jednej części, także, aby można je w przyszłości przerobić bez naruszenia całej ustawy [95]). Zastosowano mniej więcej przepisy obowiązujące w b. zaborze austrjackim. W szczególności podnieść należy, ze stanowiska prawa prywatnego: że podania o nadania wodne zawierać muszą m. in. wyszczególnienie gruntów i zakładów wodnych, które mają być odstąpione albo obciążone służebnościami z wymienieniem właścicieli i uprawnionych do wody, nadto przy gruntach z dołączeniem wyciągów z księgi gruntowej, tabel likwidacyjnych i t. p. Jeżeli przedsiębiorca żąda przyznania mu prawa wywłaszczenia, może władza administracyjna wydać w tej sprawie osobne orzeczenie. Tym interesowanym, których nie zawezwano do komisyjnej rozprawy lub którym nie doręczono wezwania przynajmniej na 8 dni przed

dniem rozprawy, przysługuje droga prawa do wniesienia zarzutów wynikających z prawa prywatnego. Przy rozprawie komisyjnej gdy sprzeciw lub żądanie zostały podniesione na podstawie prywatno-prawnego tytułu, rozstrzygnięcie sporu o istnienie tego tytułu, winno być odesłane na drogę sądową. Władza może w takim wypadku odroczyć decyzję w sprawie udzielenia nadania do rozstrzygnięcia sporu. Obowiązana jest odroczyć decyzję, gdy istnienie tytułu prywatno-prawnego jest wiarygodne i gdy w razie uznania tego tytułu należałoby odmówić udzielenia nadania. Przy odroczeniu orzeczenia należy wyznaczyć przedsiębiorcy termin, w ciągu którego winien wnieść powództwo do sądu. Gdy przedsiębiorca rozmyślnie przewleka proces, można przystąpić do dalszego dochodzenia. Orzeczenie nadania winno zawierać także wyszczególnienie sporów odesłanych na drogę sądową oraz ustalenie odszkodowań, które ma zapłacić przedsiębiorca. O ile orzeczenie dotyczy odszkodowań, które przedsiębiorca ma zapłacić, można w ciągu trzech miesięcy udać się na drogę sądową. Gdy przedsiębiorca udaje się na drogę sądową, winien w każdym razie zapłacić koszta pierwszej instancji sądowej.

Władza wodna może w toku postępowania wodno-prawnego wydać potrzebne zarządzenia tymczasowe z urzędu w celu strzeżenia interesów publicznych, na wniosek zaś stron w celu powstrzymania niebezpieczeństwa dla interesów prywatnych. Również może władza wodna, jeżeli zachodzi spór co do wykonywania praw używania wody, na wniosek stron uregulować tymczasowemi zarządzeniami wykonywanie spornego prawa do czasu załatwienia sporu. Tymczasowe zarządzenie, które ma być wydane w interesie strony, należy uczynić zależnem od złożenia odpowiedniego zabezpieczenia [96]).

Przepisy o kompetencji trybunału administracyjnego i generalnej prokuratorji jako przedmiot osobnych ustaw tu nie należą [97]).

Nieuzasadniony formalizm daje się zauważyć w przepisie art. 245/2 proj., wedle którego o zachowaniu terminu wniesienia odwołania orzeka instancja odwoławcza, skoro nakazane w ten sposób przedkładanie aktów ze spóźnionem odwołaniem jest oczywiście niepotrzebnym balastem i odrzucenie spóźnionego środka prawnego (z zastrzeżeniem drogi zażalenia) należałoby przekazać pierwszej instancji. Tak samo powoduje tylko zbyteczną przewłokę przepis art. 246, wedle którego w razie mylnego pouczenia strony przez władzę orzeczenie wydającą o warunkach służącego jej odwołania, na odwołanie wniesione stosownie do mylnego pouczenia, należy w każdym razie zaskarżoną decyzję uchylić i zarządzić wydanie orzeczenia opatrzonego w należyte pouczenie i podlegającego ponownemu tokowi instancji. Wystarczy w tych wypadkach traktowanie odwołania jako należycie wniesionego i merytoryczne jego rozpatrzenie.

Artykuł 248 stanowi ogólną zasadę, że o ile orzeczenia władz, wydawane po myśli tej ustawy, stanowią o wysokości przypaść mającego odszkodowania, można się udać w ciągu trzech miesięcy od daty uprawomocnienia orzeczenia na zwykłą drogę prawa. Przepis o tyle niepraktyczny, że wystarczyłaby droga sądowego postępowania niespornego, w b. zaborze austrjackim wedle analogji ustawy o wywłaszczeniach kolejowych.

Wedle artykułu 249 proj. każda władza administracyjna pierwszej instancji prowadzić ma księgę wodną dla ewidencji istniejących w jej okręgu praw i spółek wodnych [98]).

Postanowienia karne projektu objęte art. 250 — 258 przedstawiają, jak to także na ankiecie wyjaśniono [99]), dopiero szkic przepisów, jakieby w tej materji wprowadzić należało. Redakcji tych przepisów dokonać ma Ministerstwo Sprawiedliwości. Art. 250, 251, 253 proj. normujące orzecznictwo sądów karnych, mówią ogólnikowo o karze pozbawienia wolności, licząc się widocznie z rozmaitymi systemami kar dzielnicowych ustaw karnych.

Zarzuty ze stanowiska niemieckiego kodeksu karnego podniósł w szczególności departament spraw wewnętrznych Ministerstwa b. Dzielnicy Pruskiej (ank. str. 407). Oprócz tego wchodzi w grę zasadnicze stanowisko zajęte przez Komisję Kodyfikacyjną co do kodyfikowania przepisów prawa karnego t. zw. ustaw dodatkowych [100]).

Art. 250—253 przejęto co do stanów faktycznych karaniu ulegających z ustawy pruskiej (§ 374—377) [101]). Dalsze przepisy o karach nakładanych przez władze administracyjne wzięto z ustawy i projektu galicyjskiego (§ 115 nast.) [102]). Ich to dotyczą głównie także wspomniane zarzuty podniesione przez departament spraw wewnętrznych, ze stanowiska zwłaszcza granicy kompetencji sądów karnych ustanowionej w niemieckim kodeksie karnym.

Zarzucony nadto brak unormowania formalności nie zdaje się być słuszny, o ile się przyjmie, że mają tu zastosowanie ogólne przepisy o postępowaniu w sprawach wodnych, w piątej części zawarte [103]). W postępowaniu karnem administracyjnem dopuszczony jest również t. zw. proces adhezyjny (powództwo cywilne) a mianowicie w razie skazania może władza administracyjna na wniosek poszkodowanego rozstrzygnąć także o obowiązku wynagrodzenia, jeżeli wynik postępowania karnego daje do tego dostateczną podstawę. Wolno jednak interesowanym, jeżeli nie zadowolą się wydanem przez władzę administracyjną orzeczeniem co do obowiązku wynagrodzenia, udać się o rozstrzygnięcie do sądów.

Postanowienia przejściowe i końcowe projektu wyjaśniono przy ankiecie (str. 396, 403) w ten sposób, że jednolite terminy wygaśnięcia praw wodnych w całem państwie przyjęte w projekcie w razie niezgłoszenia tych praw—przedłużają z konieczności terminy przewidziane w ustawie pruskiej, tudzież w rozporządzeniu austrjackiem o urządzeniu ksiąg wodnych. Art. 259 zawierający szczegóły co do praw nabytych przed wejściem w życie projektowanej ustawy, jest wzięty z ustawy pruskiej z tym dodatkiem ze względu na stosunki w b. zaborze rosyjskim, że prawo piętrzenia wody poza granicę własnych gruntów nie może być nabyte na podstawie zasiedzenia. Wejście w życie ustawy projektuje się w b. zaborze rosyjskim i b. Galicji z początkiem roku kalendarzowego następującego po jej ogłoszeniu, termin zaś wejścia w życie ustawy w b. dzielnicy pruskiej ma oznaczyć Rada Ministrów z uwagi na niezunifikowanie dotychczas administracji [104]). Na ankiecie (str. 406) to ostatnie postanowienie było w części zakwestjonowane.

Do dalszego opracowania projektu ustawy wodnej powołano w Ministerstwie Robót Publicznych komitet redakcyjny (ank. str. 407) a także sejmowa komisja wodna wyznaczyła trzech członków do specjalnego zajęcia się tą ustawą. Spodziewać się więc należy, że projekt wygotowany z uwzględnieniem myśli poruszonych na ankiecie (a to co do przepisów karnych przy udziale Ministerstwa Sprawiedliwości) będzie rychło udzielony Komisji Kodyfikacyjnej, której Wydziały cywilny i karny zajmą co do niego stanowisko [105]).

ODSYŁACZE:

[1]) Referat przedstawiony częściowo na posiedzeniu Sekcji prawa cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej dnia 31 marca 1921 oraz na posiedzeniu Warszawskiego Towarzystwa prawniczego dnia 22 kwietnia 1921.

[2]) Rożański „Ankieta w sprawie ustawy wodnej", Roboty publiczne 1920 str. 389. W Niemczech unifikacja prawa wodnego rozbiła się głównie o znaczne różnice zachodzące między ustawodawstwami poszczególnych państw związkowych (Bitta-Kries, Kommentar zum preussischen Wassergesetz vom 7. April 1913, str. VIII). Komisja Kodyfikacyjna oświadczyła się, mimo zachodzących trudności, za unifikacją prawa wodnego na cały obszar Rzeczypospolitej.

³) Wchodzi nadto w miejsce przepisów rosyjskiego kodeksu cywilnego (prawa cywilnego tymczasowo obowiązującego na obszarze ziem wschodnich, zbioru praw Ces. Ros. T. X cz. 1 wyd. z r. 1914) tudzież ustawodawstwa węgierskiego obowiązującego na Orawie i Spiszu.

Co do stosunku pruskiej ustawy wodnej do niem. K. C. Bitta-Kries j. w. str. 390 nast.

⁴) Fierich, „Rzut oka na najważniejsze zadania prac kodyfikacyjnych", w „Komisja Kodyfikacyjna Rzp. P.", dział ogólny t. I zeszyt 1, str. 52 nast. Komisja Kodyfikacyjna uchwaliła też objąć współpracę nad projektem ustawy wodnej tylko w zakresie prawa cywilnego i karnego.

⁵) Peyrer. Das oesterreichische Wasserrecht 1886 str. 449 uw. 2.

Czy rozchodzi się tu rzeczywiście o przepisy prawa prywatnego? Autorowie niem. kod. cyw. zaliczali materje przymulisk, wysp i opuszczonego koryta raczej do dziedziny prawa publicznego (Prudhomme Code civil italien, uw. 5 do art. 443). Wedle motywów do niem. k. c. (III str. 4 nast.) wyłączono prawo wodne z kodeksu z uwagi na to, że musi ono być normowane w szczegółach tylko stosownie do potrzeb i danych historycznie stosunków większych lub mniejszych okręgów, ma więc raczej znaczenie lokalne, prócz tego dalszą przeszkodę kodyfikacji stanowi przeważnie policyjna treść dotyczących przepisów — P. tamże str. 262, 301 nast.

⁶) Peyrer jw. str. 75.

⁷) por. Schenkla, das badische Wasserrecht str. 582 nast.

⁸) co do nich por. Bitta-Kriesa jw. str. 441 nast.

⁹) o tyle modyfikuję oświadczenie złożone na ankiecie str. 406.

¹⁰) wyd. kodeksu Towarzystwa prawniczego pod art. 640. Co do badeńskiej ustawy wodnej zob. Schenkla jw. str. 76, 90 nast.

¹¹) przeciw temu na posiedzeniu pełnem Komisji Kodyfikacyjnej oświadczył się Litauer, powołując się na przykład kodeksu szwajcarskiego. Komisja jednak postanowiła oświadczyć się za stanowiskiem w tekście wyrażonem. W dyskusji przeprowadzonej w Tow. Prawniczem Jackowski oświadczył się przeciw wydzieleniu z przyszłego kodeksu cywilnego przepisów prywatnego prawa wodnego, wychodząc z punktu widzenia, że kodeks obejmować winien całość przepisów powszechnego prawa prywatnego.

¹²) Przeciw tłomaczeniu niem. „Wasserlauf" (franc. cours d'eau) przez „woda płynąca" oświadczył się Pomianowski (ank. str. 407 nast.), proponując w miejsce tej nazwy nazwę „strumień". O ile naogół słusznie podnosi, że przez „Wasserlauf" rozumie Niemiec łożysko i brzegi oraz wodę, którą to łożysko zawiera, to jednak wątpić należy, by rzęcz tę wyraz „strumień" lepiej oddawał. Zob. w tym przedmiocie nadto ank. str. 393. Ale np. w art. 11|2 projekt odróżnia własność łożyska (prywatnej wody płynącej) od własności wody — odbiegając w tem od wzoru pruskiego (§ 16), poprawniej sformułowanego. W dyskusji w Tow. Prawnniczem przeprowadzonej Jackowski proponował użycie wyrazu „woda bieżąca". Przeciw odróżnianiu samej wody od łożyska Nieder, Wassergesetz für Württemberg, str. 9 nast.

¹³) z tych wody płynące, obecnie w Polsce położone, podaje wykaz w „Robotach Publicznych" 1920 r. str. 409 nast. O rzekach spławnych w dawnej Polsce zob. Wołowskiego, Kurs kodeksu cywilnego II str. 82.

¹⁴) „Roboty Publiczne" jw.

¹⁵) Wody płynące drugiego i trzeciego rzędu odpowiadają rzekom prywatnym w rozumieniu poprzedniej ustawy z 28 lutego 1843 o rzekach prywatnych (Bitta-Kries jw. str. 201, 272).

¹⁶) „Roboty Publiczne" jw. str. 409. Ustawa pruska stoi wszędzie na stanowisku uznawania własności prywatnej (Bitta-Kries jw. str. XIII, 15 nast., 18 nast.).

¹⁷) ank. str. 406. Por. Zolla Prawo cywilne w zarysie² № 144, 145. W art. 10/1 użyto już wyrazu „dobro publiczne" („jeżeli skutkiem żywiołowych wypadków publiczna woda płynąca opuści dotychczasowe łożysko i utworzy nowe, to nowe łożysko staje się dobrem publicznem"), w ustępie 3 tego art. mowa o „dobru publicznem względnie własności Państwa", w ustępie 4 o „własności Państwa".

¹⁸) Baudry-Lacantinerie-Binet, Précis de droit civil I. 12. str. 1321. Planiol Traité élementaire de droit civil, I n. 2428.

Kod. włoski art. 430, wyraźnie: „imprescriptibles et inaliénables" Monaco art. 432, portugalski art. 380. To rozróżnienie między domaine public a domaine d'État znalazło wyraz w art. 10/4 proj., gdzie powiedziano, że opuszczone łożysko publicznej wody płynącej staje się własnością Państwa: było ono przedtem dobrem publicznem, a jako takie przecież równocześnie własnością Państwa. Postanowienie to jest o tyle także nieścisłe, że nie liczy się widocznie z przypadkiem wspomnianym w ustępie poprzednim, gdy stare łożysko wody płynącej nie jest dobrem publicznem, względnie własnością Państwa. Należy bowiem mieć na oku, że wedle art. 2/1 l. 1 lit. a woda płynąca nie będąca w ślad art. 6/1 własnością Państwa, jest mimo to wodą publiczną, o jakiej mowa w art. 10/4. W znaczeniu szerszem rozumieć należy „prawo własności Państwa" w art. 421 ros. k. c., który odróżnia je od „prawa własności prywatnej": polega ono „na zwierzchniczem władaniu majątkiem państwa, użytkowaniu tegoż i rozrządzaniu nim". W art. 406 bowiem

powiedziano, że wszystko co nie należy specjalnie do nikogo, tj. ani do osób prywatnych ani do zrzeszeń. . . ani do instytutucji, stanowi własność Państwa.

W ciaśniejszem znaczeniu rozumie własność (dobro) Państwa austr. k. c. w § 286, traktując osobno w § 287 o dobru publicznem i majątku Państwa. Kodeks szwajcarski, w art 664 stanowi, że na wodach publicznych i na źródłach wypływających z lodowców nie przysługuje własność prywatna z zastrzeżeniem dowodu przeciwieństwa. Prawo kantonalne wyda potrzebne przepisy o użytku publicznym rzeczy publicznych, jak wód i łożysk rzecznych.

W materji przejścia publicznej na prywatną własność państwa por. np. Schenkla j. w. str. 194.

[19]) Zob. motywy u Altera Wasserrechtsgesetze str. 185 nast. i uwagi autora samego str. 5.

[20]) str. 393, 404 Wniosek o uznanie wszystkich wód płynących za publiczne postawiony był także w państwie badeńskiem i odrzucony (Schenkel 25, 31. 99), tak samo jak odrzucono tam drugą alternatywę: odjęcia Państwu praw na rzekach żeglownych i spławnych na rzecz właścicieli gruntów nadbrzeżnych. Co do ustawy pruskiej Bitta-Kries jw. str. 16, co do innych krajów niemieckich Nieder jw. str. 5 nast.

[21]) str. 395. Przeciw publiczności wody podziemnej motywy do proj. gal. u Altera str. 188 i autor sam str. 6 nast. Randa. Die rechtliche Behandlung des Grundwassers in den neuen Landeswasserrechtsvorlagen „w Festschrift für Franz Klein" str. 363 oświadczył się za wyłączeniem wody podziemnej z kategorji wód publicznych i prywatnych ustawy wodnej.

Terminologja projektu chwiejna: raz mówi się o wodach gruntowych, to znowu o podziemnych (np art. 131, 133, 135). Komisja Kodyfikacyjna oświadczyła się w zasadzie przeciw przyjęciu publiczności wody podziemnej.

[22]) Zoll, Prawa rzeczowe na ziemiach polskich I. 25 nast. z tego względu uważa prawa na wodzie płynącej za prawa do rzeczowych tylko podobne. Zob. tegoż Prawo cywilne w zarysie n. 142, 146

[23]) austr. u. c. § 297, niem. k. c. § 905, kod. Nap. art. 552, szwajc. k. c. art. 667, 704, traktujące o źródłach i wodzie gruntowej, ros. art. 424. Z mocy prawa nieograniczonej własności do ziemi, właściciel jej ma prawo . . . do wód, znajdujących się w jej obrębie, i słowem do wszystkich jej przynależytości art. 387: przynależytością ziemi są: rzeki, jeziora, stawy, błota, źródła i inne tym podobne miejsca. Szwajcarski kod. cyw. w powoł. art. 704 i 708 dopuszcza także ustanowienia służebności na cudzych źródłach i wodzie gruntowej.

Co do traktowania źródeł w ustawie pruskiej Bitta-Kries jw. str. 4 nast., co do wód płynących podziemnych Planiol jw n. 2391 uw. 1. Za własnością wody w rozumieniu tekstu Huber Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1900 I zesz. str. 17 nast., przeciw temu Schenkel jw. str. 36 nast. 105, 121 nast., 126. Stanowisko ustawy pruskiej uznającej takie prawo własności uzasadniają Bitta-Kries jw. str. 17 nast., 74.

[24]) Jaworski. „Najważniejsze zadanie" w Czasopiśmie prawniczem i ekonomicznem 1920 str. 2 nast., tenże. Prawa państwa Polskiego. Prawo agrarne. Reforma rolna", str. 144 nast.

[25]) W państwie badeńskiem, gdzie takie mniejsze wody płynące stanowiły własność gminy, dały się odczuć ujemne następstwa okoliczności, że w ten sposób w jednolity grunt właściciela wrzyna się wązki należący do gminy obcy pas gruntu (Schenkel jw. str. 130 nast.).

[26]) Zob. art. 99 konstytucji: „Rzeczpospolita Polska uznaje własność jako jedną z najważniejszych podstaw ustroju społecznego i porządku prawnego. Tylko ustawa może postanowić, jakie dobra i w jakim zakresie, ze względu na pożytek ogółu, mają stanowić wyłącznie własność państwa, oraz o ile prawa obywateli do swobodnego użytkowania ziemi, wód.... mogą ze względów publicznych doznać ograniczenia".

[27]) Zob. jednak co do znaczenia tej zasady Peyrera jw. str. 23, Schenkla jw. str. 121, Niedera jw. str. 3.

[28]) Systematyka projektu jest jednak dość chaotyczna, a stała się nią wskutek tego, że wzorując się w zasadzie na ustawie pruskiej podstawiono w miejsce pojęcia wód płynących pierwszego rzędu pojęcie wód publicznych, znane innym ustawom, odróżniając wody te od wód prywatnych w rozumieniu tychże ustaw, w rozdziale pierwszym części pierwszej, odpowiadającym pierwszemu tytułowi pierwszego rozdziału ustawy pruskiej; następnie zaś w rozdziale drugim odpowiadającym drugiemu tytułowi ustawy pruskiej, traktującym o prawie własności wód płynących wprowadzono kategorję własności publicznej (art. 4), dobra publicznego i własności państwa (art. 10) z jednej a własności wód prywatnych (art. 7/1) z drugiej strony. Wobec jednak osnowy art. 6 mogą istnieć w b. zaborze pruskim wody publiczne w rozumieniu art. 2/1, 1. 1, lit a, nie będące własnością państwa. Postanowienie drugiego ustępu art. 6, rozszerzające pojęcie wód publicznych w b. zaborze rosyjskim i austrjackim, poza granice art. 2/1, 1. 1, lit. b, nie należy wcale do rozdziału traktującego o własności. Wedle § 9 ustawy pruskiej własność naturalnej wody płynącej pierwszego rzędu przejść miała na państwo po upływie 10 lat od wejścia w życie ustawy wodnej, jeżeli właściciel dotychczasowy przedtem nie uzyskał wpisu do księgi gruntowej. Wobec brzmienia art. 6/1 proj. wody takie przy wejściu w życie obecnej

ustawy jeszcze nie wpisane na rzecz prywatnego właściciela pozostałyby mimo to prywatną własnością, jeżeliby dziesięciolecie § 6/1 cyt. wówczas jeszcze nie minęło. Jest to konsekwencja praktyczna luki w projekcie o wątpliwej celowości.

O wiele jaśniejszy jest system projektu galicyjskiego, który zna tylko wody publiczne i prywatne, z których pierwsze stanowią dobro publiczne, drugie własność prywatną, tak że tu pojęcia publiczności i prywatności pokrywają się zupełnie z pojęciami odnośnej kategorji własności. Wzajemny stosunek przepisów projektu (art. 2) i ustawy galicyjskiej w przedmiocie rozgraniczenia wód publicznych i prywatnych określa art. 6/2 projektu, wedle którego wody płynące w b. zaborze (rosyjskim) i austrjackim, które według dotychczas obowiązujących ustaw i przepisów uważane są za publiczne, pozostają nadal wodami publicznemi, choćby nie były wodami żeglownemi i spławnemi.

W art. 3 projektu stojącym w rozdziale o pojęciu i rodzajach wód płynących zamieszczono przepis: że zaliczenie do kategorji publicznych wód płynących, lub wyłączenie z tej kategorji może nastąpić jedynie w drodze ustawodawczej. Jest to naśladownictwo odpowiedniego paragrafu 3/1 ustawy pruskiej, tyczącego się jednak dołączonego do ustawy spisu wód płynących pierwszego rzędu. W jaki sposób w drodze ustawodawczej ma być ustalonem, że pewna woda należy odtąd lub nie należy do wód publicznych w rozumieniu art. 2 i 6/2, trudno sobie wyobrazić. Niejasnym jest także stosunek art. 3/1 do art. 7/1, stojącego w rozdziale o prawie własności wód płynących, wedle którego prawo własności wód prywatnych może być wywłaszczone dla celów publicznych. To ostatnie postanowienie wstąpiło widocznie w miejsce odpowiednich przepisów § 10 i 11 ust. pruskiej, wedle których: 1) może państwo na mocy rozporządzenia królewskiego podnieść roszczenie o własność naturalnej wody płynącej pierwszego rzędu, nie należącej doń w ślad § 9/1, ale przez nie utrzymywanej; 2) w razie gdy woda płynąca drugiego lub trzeciego rzędu staje się wodą pierwszego rzędu, państwo może z mocy królewskiego rozporządzenia rościć sobie własność tej wody za odszkodowaniem.

Kasując w gruncie rzeczy pojęcia wód trzech rzędów ustawy pruskiej i wprowadzając pojęcia wód publicznych i prywatnych, winien był projekt obmyśleć także dostateczne postanowienia przejściowe (chociaż już wyżej omówione przepisy noszą na sobie po części cechy takich raczej postanowień). Odtąd więc nie będzie się zmieniać spisów wód pierwszego i drugiego rzędu w myśl § 3 i nast. ust. pruskiej i t. d.

Komisja Kodyfikacyjna oświadczyła się w zasadzie przeciw przyznaniu wszystkim wodom płynącym przymiotu wód publicznych.

[29]) Prawo francuskie (ustawa z 8 kwietnia 1898: code rural) uznaje koryto wód nieżeglownych i niespławnych za własność właścicieli gruntów nadbrzeżnych, odróżnia jednak od tego koryta samą wodę, którą uważa za rzecz niczyją (por. Req. 16 lutego 1904, D. P. 1904. 1. 263, Grenoble, 31 października 1899, D. P. 1900, 2. 350, Civ. c. 11 stycznia 1905, D. P. 1905, 1. 163). Cette propriété du lit du cours d'eau a un caractère tout spécial... le lit ne pouvant être séparé de l'eau courante qui le recouvre et qui n'est dans le patrimoine de personne: Civ. c. 11 grudnia 1901 D. P. 1902. 1. 353. Właścicielom gruntów nadbrzeżnych służy tylko prawo użytkowania (P l a n i o l jw. n. 2416 nast.). Dla prawa dawniejszego kwestja własności koryta rzek mniejszych była sporna; przeważało, zwłaszcza w orzecznictwie, zapatrywanie, że koryto to stanowi rzecz niczyją czy też wspólną wszystkim (P l a n i o l n. 2189; autor ten ubolewa nad zmianą wprowadzoną w r. 1898, uważając ją za niefortunną). W Polsce tłomaczono przepisy kodeksu w duchu prywatnej własności właścicieli nadbrzeżnych gruntów (O k o l s k i. Zasady prawa cywilnego, str. 251, W o ł o w s k i jw. str. 82, 86). Także w dawnem prawie polskiem rzeki niespławne były własnością prywatną (D ą b k o w s k i, Prawo prywatne polskie, I 266). Kodeks dla Monaco (art. 532 odpowiadający zresztą art. 643 Kod. Nap.) mówi o wodzie płynącej, nie należącej do nikogo. Kodeks portugalski określiwszy w art. 380 § 3 traktującym o rzeczach publicznych, łożysko jako powierzchnię pokrytą wodą płynącą, nie przelewającą się na grunt zazwyczaj suchy, zalicza w art. 381 do rzeczy wspólnych wody płynące nieżeglowne i niespławne; łożysko przechodzące przez grunta prywatne stanowi część składową tych gruntów, obciążone jest jednak służebnościami nałożonemi na nie w regulaminach policji generalnej, tyczącemi się utrzymania, odprowadzania i własności łożyska. Także prawo węgierskie uznaje prywatną własność pomniejszych wód płynących (P u t z, System des ungarichen Privatrechtes, str. 127).

[30]) O katastrze we Francji P l a n i o l jw. n. 2365, 2383 nast.

[31]) Na ank. str. 394, 409 oświadczono się za tem, że oznaczenie tej granicy należy do władzy wodnej; należy jednak mieć tu także na oku, że idzie o granicę własności, o której sądy orzekać są powołane, a która ustaloną być winna w operatach katastru. W art. 113/3 przewidziano, że przed rozpoczęciem robót regulacyjnych władza wodna ustala granice między łożyskiem wody płynącej a gruntami nadbrzeżnemi w myśl art. 8. Por. z drugiej strony Civ. 13 marca 1867 D. 67. 1. 270, pod art. 558 Kod. Nap. Obecnie (11 marca 1921 r.) wniesiono do Sejmu projekt ustawy o oznaczeniu linji brzegowej wód publicznych płynących, na obszarze b. zaboru rosyjskiego (druk № 2611). Granicę stanowić ma wedle art. 1 (w części odmiennie aniżeli wedle art. 8 projektu): 1) brzeg, poza który woda występuje tylko w czasie wylewu, 2) tam, gdzie niema wyraźnego brzegu, granica stałego porostu traw lądowych i 3) w braku tych danych linja oznaczona przez średni stan wód w ostatnim roku normalnym. Uwzględniono tu życzenia wyrażone

na ankiecie (str. 404, 408 nast.). W uzasadnieniu podniesiono, że opracowanie projektu ustawy wodnej w ministerstwie ukończone będzie za kilka tygodni, zanim jednak rzecz przejdzie przez Radę Ministrów i Sejm, upłynie w najlepszym razie kilka miesięcy. (W uzasadnieniu dodatkowo złożonem, załącznik 2 do № 2611, wyrażono się już mniej optymistycznie: że wypracowanie projektu ustawy wodnej obejmuje liczne bardzo zawiłe kwestje i wymagać będzie dłuższego czasu. Żadnego horoskopu nie stawia uzasadnienie projektu ustawy o popieraniu przedsiębiorstw ulepszeń wodnych w interesie kultury krajowej, druk № 2645, złożonego 18 marca 1921 r.). Tymczasem jednak nie można zwlekać z przystąpieniem do regulacji rzek, a przedewszystkiem naszej głównej arterji Wisły. W tym celu potrzebne są przedewszystkiem postanowienia o rozgraniczeniu koryta rzeki od gruntów nadbrzeżnych; przedłożony projekt ustawy będzie służył jako prowizorjum, aż do wydania ustawy wodnej, do której wszystkie te postanowienia wejdą. Wedle art. 2, 3 linję brzegową oznacza orzeczenie właściwego wojewody z prawem odwołania do Ministra Robót Publicznych; odwołanie nie wstrzymuje wykonania; w ciągu roku od dnia wydania ostatecznego orzeczenia właściciele gruntów nadbrzeżnych mogą swych praw dochodzić w drodze sądowej. Ta ostatnia koncesja na rzecz drogi sądowej jest wartości problematycznej: jakichże to praw mieliby dochodzić ci właściciele dawno po całkowitem wykonaniu orzeczenia administracyjnego?

Si l'autorité administrative est seule compétente pour determiner les limites du fleuve, il appartient à l'autorité judiciaire de reconnaitre les droits de propriété ou de possession prétendus par les riverains sur les terrains d'alluvion compris dans ces limites (Cass. 6 listopada 1872, S. 74, 1. 165; P. 74, 1037).

Wedle art. 5/4 projektu przy rzekach granicznych sięga własność obywateli polskich, o ile stosunki własności nie zostały inaczej uregulowane, do granicy państwa. W tym ostatnim względzie postanawia np. umowa o preliminaryjnym pokoju i rozejmie z Rosją sowiecką z 12 października 1920 r. dz. u. z r. 1921 poz. 161, w art. 1: Przy określaniu granicy, przebiegającej wzdłuż rzeki, rozumie się przy rzekach spławnych nurt głównego koryta, a przy rzekach niespławnych środkową linję z największego ramienia. Szczegółowe wyznaczenie i przeprowadzenie na miejscu granicy państwowej oraz ustawienie znaków granicznych należy do specjalnej mieszanej komisji granicznej.

Por. w tej materji S c h e n k l a jw. str. 187 nast., zwłaszcza co do kompetencji str. 190 nast. dalej str. 202. W ustawie pruskiej (§ 12 ust. 2, 3) przewidziano oznaczenie linji brzegowej przez władzę wodną policyjną, przeciw czemu dopuszczono w czterech tygodniach od doręczenia zawiadomienia skargę w postępowaniu spornem administracyjnem. Podczas gdy wedle prawa francuskiego i powszechnego granicę oznacza najwyższy zwykły stan wody, wedle prawa pruskiego stanowczym jest zwyczajny uważany za równoznaczny ze średnim, stan wody (B i t t a-K r i e s jw. str. 34). Por. N i e d e r a jw. str. 110 nast., w szczególności str. 112 co do możliwej kompetencji sądów, str. 150.

32) B i t t a - K r i e s jw. str. 21, 37 nast. dopuszczają jednak odrębnego pozbycia i obciążenia własności. Wedle ustawy pruskiej § 13 udział właściciela gruntu nadbrzeżnego w wodzie płynącej wpisany być może w księdze gruntowej (ogólnikowo) jako taki udział. W tym wypadku oczywiście odrębne pozbycie i obciążenie rzeczonego udziału natrafiłoby na trudności techniczne, Co do ustawy badeńskiej S c h e n k e l jw. str. 263 nast., 266; co do Francji P l a n i o l n. 2422.

33) Zwalczane tu stanowisko zajmuje jednak już art. 556/2 kod. Nap.: L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit, qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable o u n o n.

Do tego Cass. 25 lutego 1907 r. (S. i P. 1910. 1. 177): Les propriétaires voisins riverains d'une rivière non navigable ni flottable ont droit aux alluvions et à la propriété du lit de la rivière proportionellement à la longueur de façade sur la rivière des terres riveraines. Nielogiczność pozostawienia art. 556, 557, 561, o wyspach i przymuliskach obok normy ustawy z 8 kwietnia 1898 r. o własności łożyska rzek mniejszych wytyka P l a n i o l, jw. n. 2189, który jest zresztą przeciwnikiem nowego przepisu.

Na ankiecie (str. 404) rozważano także określenie pojęcia przymuliska (por. kod. Nap. art. 556/1, włoski art. 463/1, austr. § 411, ust. pruska § 17/1). W praktyce staje się nieraz spornem, czy ma się do czynienia z przymuliskiem czy nie (np. Cass. 29 lipca 1872 S. 74. 1. 257; P. 74. 651).

34) A także przy morzu: art. 557/2 kod. Nap. art. 454/2 kod. włosk., B a u d r y jw. n. 1384.

35) Kod. Nap. art. 556, 557, 558, 596; włoski art. 453, 454, 455; meksykański (G r a s s e r i e Code civil Mexicain str. 77) peruwiański art. 494, 499; austr. § 411, ros. art. 426, 428. Inaczej szwajc. art. 669, portugalski art. 2294, 2295; częściowo co do wysp peruwiański art. 498.

W toku prac ustawodawczych włoskich dał powód do ożywionych dyskusji projekt P i s a n e l l i e g o, wedle którego tylko wody rzek miały stanowić część dobra publicznego, koryta ich przeznaczone do użytku publicznego, miały stanowić własność właścicieli gruntów nadbrzeżnych (P r u d h o m m e Code civil italien uw. 1 do art. 427, uw. 2 do art. 453) Por. także N i e d e r a jw. str. 119 nast.

36) Wyraźne wymienienie drogi sądowej w tym artykule nie wyklucza, że i w innych przypadkach objętych rozdziałem II, części pierwszej „O prawie własności wód płyną-

cych" ta droga a nie droga administracyjna będzie właściwą, skoro brak dostatecznej podstawy do stosowania tu tzw. argumentu a contrario.

O oderwisku traktują kod. Nap. art. 559; włoski art. 456; portugalski art. 2292; peruwiański art. 495; austr. § 412; szwajc. art. 659/3. O kodeksie meksykańskim Grasserie jw. Por. motywa do niem. kc. III str. 49 nast.

37) austr. uc. § 417 nast., niem. kc. § 946, kodeks Nap. art. 554 nast., kod. szwajc. art. 671 nast. Por. Schenkla jw. str. 199 nast.

38) Projekt ustawy (druk № 2611) w art. 4, 6 poszedł za ustawą i projektem galicyjskim. Art. 4 zd. 2 opiewa: „Namuliska, powstałe skutkiem robót regulacyjnych, w szczególności zaś sadzeń wiklin, w oznaczonem w powyższy sposób łożysku rzeki, stanowią własność skarbu państwa". Art. 6: „Grunty uzyskane skutkiem robót regulacyjnych, mogą być odstąpione właścicielom przyległych gruntów za zwrotem wartości".

39) Por. kod. włoski art. 454, 457, 458; austr. § 407; ros. art. 427, 428, 429, I. 1. Planiol jw. n. 2720.

40) Kod. włoski art. 460, portugalski art. 2296; meksykański (Grasserie str. 77 nast.); peruwiański art. 496; austr. § 468; ros. 429, I. 2; landrecht pruski I. 9. § 243. Por. Schenkla jw. str. 196.

41) Projekt nie rozstrzyga wyraźnie przypadku zmiany koryta wskutek robót konserwacyjnych i regulacyjnych: będzie tu z reguły miejsce na prawa przymusowe. Por. Cass. 6 listopada 1867, S. 69. 1. 352; P. 69, 890. D. 71, 1. 245. Landrecht pruski (II. 15. § 70) stanowił, że jeżeli państwo przez zarządzone przecięcia nadało rzece inny bieg, to jest ono we wszystkich wypadkach uprawnione do wydania rozporządzeń co do opuszczonego koryta. Obowiązane ono jednak jest (wedle § 71, 72 tamże) odszkodować właścicieli nadbrzeżnych opuszczonego kanału, jakoteż tych, przez których grunta nowy kanał poprowadzono, wreszcie uprawnionych do rybołówstwa.

Co do wpływu zmiany biegu wielkich rzek na prawa właścicieli nadbrzeżnych por. także art. 464 kod. ros. i Wołowskiego jw. str. 87 (statut Wiślicki).

42) Tej materji dotyczą: Kod. Nap. art. 563; austr. § 409, 410; ros. art. 429, 451, 464. Kod. Nap. art. 563 w dawnem brzmieniu postanawiał, że: jeżeli większa lub mniejsza rzeka, żeglowna, spławna lub nie, tworzy sobie nowy nurt, opuszczając dawne swoje łożysko, to właściciele gruntów nowo zajętych otrzymują tytułem odszkodowania dawne łożysko opuszczone, każdy w stosunku do zabranego mu gruntu. Kodeks poszedł tu za orzecznictwem parlamentu w Tuluzie; od tego wzoru odstąpił kodeks włoski, postanawiając w ślad za teorją prawa rzymskiego, w art. 461, że dawne koryto należy do właścicieli nadbrzeżnych (Prudhomme, Code civil italien, uw. 1 do art. 461). Tak samo kodeks meksykański (Grasserie str. 77), w zasadzie także ustawa wirtemberska (art. 13), przewidująca jednak przedewszystkiem w ciągu dwóch lat przywrócenie pierwotnego stanu. Por. Niedera jw. str. 141 (przeciw art. 563 Kod. Nap. w dawnem brzmieniu), Dla Polski za rozwiązaniem w duchu prawa rzymskiego Wołowski jw. str. 86 nast. Za wzorem francuskim poszedł kodeks portugalski art. 2293; peruwiański art. 497.

43) We Francji postanowienia pierwotne art. 563 uległy zmianie na mocy ustawy z 8 kwietnia 1898 w tym kierunku, iż właściciele nadbrzeżni dawnego łożyska mogą je nabyć za cenę ustanowioną, w ciągu trzech miesięcy w częściach na nich przypadających wedle położenia gruntów ku linji środkowej; gdyby nie oświadczyli gotowości nabycia, sprzedaje się dawne łożysko wedle zasad ogólnych o sprzedaży własności państwa. Cenę uzyskaną rozdziela się między dawniejszych właścicieli nowego koryta. O ustawie z 8 kwietnia 1898 (Code rural) Planiol jw. n. 2364, 2410. Por. także Schenkla jw. str. 205 nast. Ustawa pruska odstąpiła od dawnego prawa landrechtu (Bitta-Kries jw. str. 41).

44) Ustawa pruska (§ 16) w pewnym przypadku tyczącym się Śląska przyznaje własność nowego biegu wody wprost właścicielom opuszczonego koryta. Por. ros. art. 428.

45) Prawo takie uznawała już także jurysprudencja francuska: Req. 13 kwietnia 1909 D. P. 1913, 5. 41 (ustawa z 8 kwietnia 1898: code rural). Zob. także § 181 ust. pruskiej.

W projekcie węgierskiego kodeksu cywilnego (z r. 1901) przewidziano postanowienia o zmianie koryta, o wyspach, przymuliskach i oderwiskach, które wstąpić miały w miejsce przepisów § 5, 8 i 9 artykułu XXIII ustawy z r. 1885 (zob. uwagę przy § 649 projektu, przekładu niemieckiego).

46) Alter jw. str. 71, 373 nast. O takich sporach w państwie badeńskiem, powstałych na tle przepisów kod. Nap., Schenkel jw. str. 16 nast.

47) Baudry jw. n. 1703: „Qui réglera le différend? Ce sera le tribunal civil. Sa compétence était tout naturellement indiquée, puisqu'il s'agit d'une question de propriété. Tout au moins les riverains sont-ils des co-usagers relativement à l'eau courante, et l'usage est un démembrement de la propriété". „L'administration n'a pas qualité pour trancher les difficultés entre particuliers, dont la solution appartient aux tribunaux" (Planiol jw. n. 2423). Także kodeks szwajc. (art. 706) w sprawie o odszkodowanie z powodu uszkodzenia źródeł lub studni przez budowy i t. p. wspomina wyraźnie o kompetencji sądów.

L'autorité judiciaire a seule compétence pour statuer sur la propriété et la jouissance d'un cours d'eau privé, encore que la contestation s'élève entre une commune et un particulier (Cass. 10 stycznia 1881 S. 82 I. 408; P. 82 1018; D. 82 I. 206).

La cour d'appel ne saurait refuser d'ordonner ces mesures, (w sporze dwóch spółek wodnych dla odwodnienia, w przedmiocie rozmiaru uprawnień wzajemnych, opierających się na aktach administracyjnych) sous le prétexte qu'il s'agirait d'un réglement d'eau présentant un intérêt général et rentrant des lors, dans les attributions exclusives de l'autorité administrative (Civ. c. 9 kwietnia 1906, D. P. 1907, I. 297).

Orzeczono jednak także odmiennie:

L'autorité judiciaire, saisie d'une demande en réglement d'eau par quelques uns des riverains d'un cours d'eau non navigable ni flottable, peut, à raison du grand nombre de riverains dont les intérêts sont engagés dans la question, se déclarer incompétente pour faire ce réglement, et laisser le soin de ce travail à l'autorité administrative (Req. 21 stycznia 1901, D. P. 1901 I. 336).

Artykułowi 645 kod Nap. odpowiada kod. Monaco art. 533, włoski art. 544. Kodeks portugalski natomiast w art. 432, w sprawach użytkowania wód publicznych przewiduje kompetencję władz administracyjnych, tak samo przy rozstrzyganiu sporów w przedmiocie użytkowania wód nieżeglownych i niespławnych, wywiązujących się między właścicielami gruntów nadbrzeżnych a sądami (art. 440 § 2), z wyjątkiem odszkodowania.

S c h e n k e l jw. str. 30. 265, widzi tu (także) roszczenia prawa prywatnego, mogące uledz dyspozycji prywatno-prawnej, dopuszcza zaś (str. 74 nast.) zbieg kompetencji sądów i władz administracyjnych z punktu widzenia zbliżonego do powyższych orzeczeń sądowych. Tamże str. 226 nast., 270, 273 nast., 288 nast.. 306 nast., 582 nast., przedstawiono ograniczenie kompetencji sądowej wprowadzone w państwie badeńskiem, w porównaniu z art. 645 kod. Nap.

B i t t a K r i e s jw. str. 78 przyznają przepisom § 41 — 43 ust. pruskiej (z których § 41 odpowiada art. 32, § 43 art. 33 proj.) w pierwszym rzędzie naturę prywatnoprawną: jeżeli właściciel przekroczy granice zakreślone mu w tych przepisach, może dotknięty tem przed zwyczajnymi sądami skarżyć o zaniechanie a w razie winy o odszkodowanie (§ 823 niem. k. c.). Co do innych kwestji kompetencyjnych zob. tamże str. 207, 210.

Komisja Kodyfikacyjna oświadczyła się za właściwością sądów w sprawach wodnych w zakresie prawa prywatnego: rozchodzić się będzie o to, jak pociągnąć tu granicę między prawem prywatnem a publicznem. W braku zwłaszcza sądownictwa administracyjnego w innych b. dzielnicach odpowiadającego urządzeniom b. dzielnicy pruskiej uzasadnionem będzie żądanie rozszerzenia zakresu orzecznictwa sądów zwyczajnych na wzór francuski (i rozp. Ks. nam. z r. 1818).

[48]) W ustępie 4 art. 19-go przeoczono unormować (jak to czyni § 25/6 ustawy pruskiej) użytkowanie powszechne sztucznych wód publicznych.

Kod. szwajc. (art. 709) przewidują użytkowanie przez sąsiadów i inne osoby źródeł, studni i potoków będących prywatną własnością do czerpania wody, pojenia itp. Użytkowanie powszechne wielkich komunikacji wodnych normuje kod. ros. art. 434, jako prawo udziału ogólne w cudzym majątku w rozumieniu art. 423 („kiedy udział w użytkowaniu majątku ustanawia się na rzecz wszystkich bez wyjątku").

[49]) B a u d r y jw. n. 1383, 1724: we Francji reguluje te służebności obecnie ustawa z 8 kwietnia 1898 r. art. 46 nast. Por. także art. 106/9 proj.; kod. ros. art. 437, 438 U. 2, 3; włoski art. 534, 453/2, S c h e n k l a jw. str. 305, 308 nast.

[50]) w szczególności więc np. przepisów o prawie własności.

[51]) Wznoszenie nowych lub istotna zmiana istniejących budowli na wodach płynących wymaga wedle art. 16/1 proj. „zezwolenia" władzy wodnej: nie jest to równoznaczne z nadaniem tyczącem się wyłącznie praw wodnych. Do takich budowli należeć będą w szczególności także mosty (por. art. 440 kod. ros.).

[52]) Por. co do sporów o własność młyna art. 443, 444 kod. ros.

Komentatorzy ustawy pruskiej (B i t t a - K r i e s jw. str. 129) podnoszą, że stworzone przez nadanie prawo użytkowania wody płynącej powstaje wprawdzie przez akt prawa publicznego, jest jednak z istoty swej prawem prywatnem. Wszystkie spory co do rozmiarów nadanego prawa i co do innych praw z nadania wysnutych rozstrzygać tedy winny sądy zwyczajne. Sądy te rozstrzygać także będą spór co do tego, czy prawo nadane zgasło co do poszczególnych części gruntu.

[53]) Traktowanie wody gruntowej w projekcie zasługuje na szczególną uwagę. Z przepisów art 128, 131, 133, 135 wypływa, że wodę gruntową uważa się za wodę stojącą (w art. 133 odróżnia się ją wyraźnie od wody płynącej), chociaż np. art. 1/1 wspomina także o częściach podziemnych wód płynących. Rozporządzenie się właściciela gruntu wodą gruntową ulega pewnym ograniczeniom ze względów prawa sąsiedzkiego W pewnych wypadkach nie wolno wpływać szkodliwie na stan wód gruntowych (np. art. 130/1, 32/3, 232), w innych zastrzeżenie to nie ma miejsca (np. art. 32/3, 82/5, 39/4, 106/3, 109/2. 137/3, 109/1, 137/3).

Por. S c h e n k l a jw. str. 182; B i t t ę - K r i e s a jw. str. 79, 100 nast 237 nast (tutaj ograniczenie obowiązku odszkodowania za zmianę stanu wody gruntowej uzasadniono właśnie przeciwnie tem, że woda gruntowa nie stanowi pars fundi, lecz jest wspólną wszystkim gruntom: „es besteht ein Grundwasserstrom, eine Einheit des Grundwassers"), 274 nast., 279 nast., 286 nast., 492, 496 nast.

[54]) B i t t a - K r i e s jw. str. 103.

[55]) Por. co do ustawy pruskiej Bittę-Kriesa jw., str. XV, 103 nast., co do badeńskiej Schenkla jw. str. 249, 256 nast.

[56]) We Francji obecnie art. 642 w brzmieniu ustawy z 8 kwietnia 1898. Do tego Cass. 4 marca 1862, S 62. 1. 366; P. 62. 642; D. 62. 1. 283. tak samo kod. włoski art. 542; podobnie Monaco art. 531/3, portugalski art. 447, 448; peruwiański art. 1134. Zob. o tem także Schenkla, jw. str. 179 nast.

[57]) Sformułowanie nie jest bez zarzutu, bo użytek w gospodarstwie domowem nie jest celem publicznym.

[58]) Por. Bittę-Kriesa jw. str. 496 (orzecznictwo niem. trybunału Rzeszy).

[59]) i od ogólnej zasady, że o odszkodowaniu sądy orzekać winny. Wszelako przepis ten brany być musi w związku z przepisem ogólnym art. 248 proj., wedle którego, o ile orzeczenia władz, wydawane po myśli niniejszej ustawy, stanowią o wysokości przypaść mającego odszkodowania, można się udać w ciągu trzech miesięcy od daty uprawomocnienia orzeczenia na zwykłą drogę prawa. (Postanowienie to, na ankiecie, str. 402 niesłusznie zakwestjonowano). Bitta-Kries jw. str. 131, 133 podkreślają również prywatno-prawne cechy odszkodowania osób dotkniętych wykonywaniem nadanego prawa. Zresztą co do kwestj kompetencji w sprawach o odszkodowanie zob. tychże str. 223. Komisja Kodyfikacyjna oświadczyła się za przekazaniem w zasadzie sądom kwestji odszkodowania.

[60]) Por. kod ros. art. 439.

[61]) Bitta-Kries jw. str. 226 nast., 230 nast., 175.

[62]) Bitta-Kries jw. str. 175.

[63]) Zob. także art. 81/1 projektu.

[64]) Por. także art. 82/1 projektu. W art. 83/3 użyto mylnie wyrazu „się ugodzić” zamiast: „się ułożyć” lub „się umówić”, nie rozchodzi się tu bowiem o ugodę (układ pojednawczy) w rozumieniu prawa cywilnego (austr. § 1380, niem. § 779, kod. Nap. art. 2044 nast.).

[65]) Por. także kod. ros. art. 438 l. 1.

[66]) Wedle art. 103 projektu przedsiębiorstwo regulacyjne może obejmować: 1) stawianie budowli regulacyjnych, pogłębienie drogi wodnej dla żeglugi, wytworzenie nowego łożyska, regulację na wielką wodę, albo 2) inne ulepszenia, wychodzące poza zakres utrzymania. Sztuczne tworzenie nowych gruntów przybrzeżnych oraz sadzenie kęp w interesie regulacji uważa się za przedsiębiorstwo regulacyjne.

[67]) Wedle art. 110, jeśli to jest według planu potrzebne, przedsiębiorca jest uprawniony spędzić wodą przymuliska wszelkiego rodzaju, skały, wyspy i występy brzegów bądź w inny sposób je usunąć. Odszkodowanie może być wtedy tylko wymagane, gdy szkoda jest znaczna.

[68]) Pod względem techniki ustawodawczej nasuwa się uwaga, że wystarczało powołać ogólny przepis art. 248 projektu.

[69]) I tu wystarczało powołać art. 248 projektu.

[70]) Rożański, ank. str. 391.

[71]) Na ankiecie (str. 406) krytykowano tam podział, zdaje sie jednak, że bez słusznej podstawy, skoro z istotą wód nie podpadających pod pojęcie wód płynących w rozumieniu art. 1 łączą się normy prawne im tylko właściwe.

[72]) Odpowiadają temu mniej więcej przepisy art. 641 i 642 kod. Nap., szwajc. art. 667/2, 704, ros. art. 424.

[73]) Bitta-Kries jw. str. 276, 284 nast.

[74]) Rożański ank. str. 389.

[75]) por. rozp. Ks. nam. z 10 października 1818 (Dz. pr. VI 232) art. 3 lit. a—d, tudzież uchwałę komitetu min. z 15/28 maja 1904 w przedmiocie wolnego odpływu i przyjmowania wód (zb. pr. i rozp. nr. 147 poz. 1536).

We Francji jedynie sądy cywilne są właściwe do orzekania na skargi właścicieli ze sobą sąsiadujących tyczące się zastosowania art. 640 (Cass. 9 sierpnia 1880 S. 81 I. 358; P. 81 I. 868; D. 81 I. 206). Por Schenkla jw. str. 217, 307; co do prawa w Polsce obowiązującego Okolskiego jw. str. 243, Wołowskiego jw. str. 196.

[76]) Uzasadnienie tego stanowiska ustawy pruskiej u Bitty-Kriesa str. 279 (nadzwyczajne rozdrobnienie własności gruntowej i wiele górzystych gruntów w tych okolicach). Pierwotny projekt niem. k. c. zawierał ogólny przepis w tym przedmiocie, co do którego już wówczas uznawano (motywy III str. 281), że przez szczególne przepisy prawa wodnego traci prawie całkowicie na praktycznem znaczeniu.

[77]) Motywy u Altera jw. str. 205.

[78]) O tyle za daleko idzie np. Baudry jw. n. 1671, mówiąc: „Tandis qu'on ne concevrait pas une législation dans laquelle le propriétaire d'un fonds ne serait pas obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (art 640)“. Por. szwajc. art. 689. Także już rozp. ks. nam. z 10 października 1818 (Dz. pr. VI. 232) zawiera w art. 3 różne w tym względzie ograniczenia i zastrzeżenia, których pominięcie uznać należy za usterkę projektu. Przepis art. 640 kod. Nap. nie wyklucza oczywiście nabycia prawa powstrzymywania wód spływających z gruntu wyższego zapomocą odpowiednich urządzeń przez zasiedzenie (Cass. 10 listopada 1886, S. 90 I. 447).

Zgodny z art. 630 cyt. jest kod. włoski art. 536, portugalski, art. 2232, meksykański (Grasserie str. 85), peruwiański art. 1132.

Rzecz tę kwalifikuje jako należącą w pierwszej linji do prawa prywatnego i przed zwyczajnego sędziego Schenkel jw. str. 29. Bitta-Kries jw. str. 426 dopuszczają tu skargę negatoryjną (§ 903 niem. k. c.).

[79]) Baudry jw. n. 1677.

[80]) Podobnie przyjęto (Baudry jw. n. 1679: "La culture est l'état naturel des fonds"), że właściciel gruntu wyżej położonego może czynić wszystko, co jest potrzebne do dobrej uprawy gruntu wedle zwyczajów miejscowych, mimo że przez to służebność naturalnego odpływu wody stałaby się uciążliwszą dla gruntu niższego.

[81]) inaczej w prawie francuskiem. Baudry jw. n. 1693: W sprawach wodnych (art. 65 ust. wpr.) nie stosują się ogólne przepisy niem. k. c. o prawie sąsiedzkiem § 907, stosuje się jednak przepis § 909, obejmujący zakaz pogłębienia gruntu ze szkodą gruntu sasiedniego. Por. kod. włoski art 578. Req. 10 czerwca 1902, D. P. 1902 I. 454; Monaco art. 525. Odmiennie portugalski art. 450, ograniczający właściciela tylko, o ile trzecie osoby nabyły na mocy prawnego tytułu prawo na wodach tego gruntu; art. 451 obowiązuje tylko do przywrócenia źródła lub wodotrysku naruszonego, przeznaczonego do użytku publicznego. Zob. jednak także art. 2323 § 2. Kodeks meksykański nie zna ograniczeń (Grasserie, str. 86), podobnie prawo węgierskie (Putz str. 127), dla prawa austrjackiego. Zoll Prawo cywilne w zarysie[2] n. 109 I. 5.

[82]) Wyjątek ustanowiony w tej mierze dla nawożenia gruntów był na ank. str. 395 kwestjonowany, jednak niesłusznie, bo uprawa gruntów, do której należy nawożenie, stanowi prawowity użytek, który nie może ulegać ograniczeniom ze względów tzw. prawa sąsiedzkiego.

Kod. szwajc. (art. 706) normuje obowiązek wynagrodzenia szkody wyrządzonej na źródłach lub studniach w znacznej mierze użytkowanych lub w celu użytkowania ujętych, przez budowy i tp.; w pewnych przypadkach (art. 707) można żądać przywrócenia pierwotnego stanu.

[83]) Rożański ank. str. 389 nast. Na tejże ank. str. 395 proponowany dodatek w art. 135: „i dalszego odprowadzenia", którego niema w ustawie pruskiej, wydaje się być zbędnym.

[84]) Wodociągi stanowią przeważnie treść służebności gruntowej (art. 1 franc. ust. z 29 kwietnia 1845, szwajc. art. 676: „o ile nie ma zastosowania prawo sąsiedzkie"; austr. § 477 L. 2, § 497; bardzo obszernie normuje je kodeks włoski (art. 598 nast.).

W tym razie woda przepływająca przez cudze grunta nie stanowi oczywiście przynależności tych gruntów tak samo jak urządzenia wodociągowe (szwajc. art. 676 cyt. normuje wyraźnie, że urządzenia te z reguły uważane są za przynależność zakładu, z którego wychodzą i za własność właściciela tego zakładu; por. natomiast kod. Nap. art. 523, mający na oku zwyczajny przypadek, gdy rury do prowadzenia wody znajdują się na gruncie właściciela wodociągu). Kodeks włoski w art. 648 wyraźnie zastrzega, że prawo przeprowadzania wody nie przysparza wykonywającemu je własności gruntu znajdującego się obok lub pod źródłem lub kanałem wodociągowym.

W b. zaborze rosyjskim o przeprowadzeniu na cudzych gruntach rowów lub innych urządzeń wodnych celem osuszenia, irygacji i nawodnienia stanowią przepisy zb. XII. 2. ust. gosp. roln. kontyn. 1903 art. 235 — 286 i 286[1] kontyn. 1912, rozciągnięte z uzupełnieniami na Królestwo Polskie prawem z 28 czerwca (11 lipca) 1914 zb. pr. i rozp. nr. 103 poz. 1914, wyd. kod. Nap. Tow. Prawn. str. 558 nast. Zob. także uw. 2 do art. 442 kod. ros.

Kod. szwajc. w art. 705 zastrzega na rzecz kantonów ewentualnie rady związkowej wydanie dla strzeżenia dobra powszechnego zarządzeń w przedmiocie odprowadzania źródeł.

[85]) Na ankiecie str. 405 zarzucono brak określenia jezior; rzeczywiście pojęcie to i odróżnienie jego od pojęcia stawu nie jest z projektu widoczne (por. także art. 558 kod. Nap. Schenkel jw. str. 170, 172).

Jurysprudencja francuska (Baudry jw. n. 1334) uważa wodę stawów i jezior za stojącą, czem tłumaczy, że nie mogą tu powstać przymuliska (por. proj. art. 12/3). Por. kod. portugalski art. 381 § 7, ale także art. 2297. Por. co do jezior także przepis art. 441 kod. ros. Schenkel jw. str. 137.

[86]) ankieta str. 397. O stosunku praw przymusowych do nadania Bitta-Kries jw. str. 430 nast.

[87]) We Francji wedle ustawy z 29 kwietnia 1845 służebność wodociągu dla nawodnienia gruntów, ustanawiają sądy (Baudry jw. n. 1708), tak samo, wedle ustawy z 10 czerwca 1854, służebność odprowadzenia wody w celu odwodnienia gruntów (Baudry jw. n. 1714). Kodeks szwajcarski traktuje o odwodnieniu w art. 690 a w artykułach następnych (691—693) o obowiązku właścicieli gruntów cierpienia za uprzedniem pełnem odszkodowaniem przeprowadzania studni i rur drenowych, a to z mocy prawa sąsiedzkiego, o ile nie jest przepisana droga wywłaszczenia.

Ustawa pruska (§ 340/7) zawiera szczegółowe przepisy dotyczące czasu powstania ustawowych praw użytkowania i skuteczności ich bez wpisu do ksiągi gruntowej.

wobec trzeciego nabywcy działającego w zaufaniu do ksiąg gruntowych. (O tem Bitta-Kries jw. str. 439).

[88]) Kod szwajc. (art. 108) zna tworzenie wspólności sąsiadujących ze sobą źródeł różnych właścicieli.

[89]) Inne są cechy służebności oparcia, wprowadzonej we Francji ustawą z 11 lipca 1847, a obciążającej grunt właściciela brzegu przeciwległego (Baudry jw. n. 1712), dla celów zakładu nawadniającego. Odpowiada jej przepis § 334 ust. pruskiej (por. co do tego przepisu Bittę-Kriesa jw. str. 432).

[90]) Rożański ank. str. 390; na ankiecie (str. 397) proponowano poprawniejsze sformułowanie przepisu. Kod. szwajc. (art. 710, 711) zna obowiązek odstąpienia częściowego lub całkowitego źródeł, studni lub potoków dla zapobieżenia brakowi wody.

[91]) Rożański ank. str. 390; na ankiecie (str. 397) proponowano dodać przy końcu w nawiasie: (obszar ochronny) oraz rozszerzenie ochrony przyznanej źródłom mineralnym i cieplicom także na wodociągi. Kod. szwajc. (art. 712) przyznaje nawet prawo wywłaszczenia gruntów okolicznych w celu ochrony źródeł przed zanieczyszczeniem.

[92]) Postanowienie przejęte również z projektu galicyjskiego (Rożański ank. str. 390). We Francji rzecz unormowana jest ustawą z 14—22 lipca 1856 (Baudry jw. n. 1692). Kodeks karny rosyjski karze w art. 384 tego, co w okręgu ochrony źródeł wód mineralnych i leczniczych błot mineralnych bez właściwego pozwolenia lub bez uprzedniego zawiadomienia w terminie przepisanym miejscowej władzy górniczej, dokonał takich robót, do których wykonania potrzeba powyższego pozwolenia lub zawiadomienia, bądź wznowił roboty wstrzymane, bądź prowadził roboty, zabronione przez powyższą władzę. Projekt (w art. 262), utrzymuje w mocy przepisy ustaw górniczych: skoro jednak wprowadza w materji danej szczegółowy przepis, nastąpiło przez to samo uchylenie odpowiedniego przepisu ustawy górniczej. W postanowieniach karnych (art. 250 nast.) nie przewidziano wypadku podpadającego dotąd pod powoł. art. 384 kk.; stylizacja bowiem dotyczących przepisów nie obejmuje danego przypadku. Wedle motywów do § 32 proj. galic. (Alter str. 204) przepisy ustawy górniczej tyczące się robót kopalnianych w obszarze ochronnym miały obowiązywać nadal obok ustawy wodnej. Wedle art. 203/2 proj. władza wodna przed rozpoznaniem wniosku o nadanie winna się z urzędu zwrócić do władzy górniczej o opinję odnośnie do obszarów, na których mają zastosowanie przepisy ustaw górniczych.

Szwajc. kod. cyw. w art. 702 zastrzega na rzecz związku, kantonów i gmin prawo ustanowienia ograniczeń prawa własności gruntów dla dobra powszechnego, w szczególności odnośnie do ochrony źródeł leczniczych. Por. także kodeks portugalski art. 445; Schenkla jw. str. 176, 181 nast. Pruska ustawa utrzymuje w § 394 w mocy odrębne przepisy o ochronie źródeł (mineralnych).

[93]) Szwajc. kod. cyw. w art. 703 normuje obowiązek innych właścicieli gruntów interesowanych do przystąpienia do przedsiębiorstwa mającego na celu meljorację gruntu, jak regulację wód i odwodnienia, jeżeli dwie trzecie interesowanych właścicieli gruntów posiadających zarazem więcej niż połowę dotkniętego obszaru na przedsiębiorstwo się zgodziły.

Kodeks włoski traktuje o spółkach wodnych w art. 657 nast. przewidując również (w art. 659) utworzenie spółek na żądanie większości przez władzę sądową. Poddaje je zresztą ogólnym prawidłom o wspólności, o spółkach i o działach (art. 661).

[94]) Co do ustawy pruskiej Bitta-Kries jw. str. 172, 182, 294, 299, 321, 328 nast., 335, 339, 357 nast., 361 nast., 383 nast., 385 nast. (związki wałowe).

[95]) ankieta str 399. W b. dzielnicy pruskiej postępowanie a zwłaszcza sądownictwo administracyjne jest szczegółowo urządzone; tu więc przepisy projektu nie wprowadziłyby reformy. Por. w tym względzie Bittę-Kriesa jw. str. 441 nast. (odnośne przepisy ustawy o ogólnym zarządzie kraju z 30 lipca 1883 zb. str. 195 wydrukowane tamże str. 551 nast. Wedle § 93 tej ustawy służy przeciw wyrokom końcowym wydanym przez wydziały powiatowe w drugiej instancji rewizja do wyższego sądu administracyjnego i do tegoż sądu służy wedle § 127 skarga przeciw wydanej w ostatniej instancji uchwale prezydenta. Badanie prawności zaczepionego zarządzenia policyjnego rozciąga się także na przypadki, w których dopuszczona była dawniej zwyczajna droga prawa; rozstrzygnięcie jest ostateczne, bez ujmy dla wszystkich stosunków prawa prywatnego).

[96]) Obowiązkowe nałożenie takiego zabezpieczenia nie wydaje się być wskazanem; należałoby rzecz pozostawić raczej w każdym wypadku słusznemu uznaniu władzy zarówno co do potrzeby jak co do sposobu zabezpieczenia.

[97]) ank. str. 403. Zob. co do trybunału administracyjnego na razie art. 73 konstytucji z jednej, art. 5/1 dekretu z 8 lutego 1919 dz. pr. poz. 200 i art. 17/2 ustawy z 1 sierpnia 1919 dz. pr. poz. 385 (art. 2/2 rozp. z 15 grudnia 1919 tyg. urzęd. 701) Stark-Zagórowski str. 57 z drugiej strony.

[98]) Na ankiecie (str. 403) proponowano poruczenie prowadzenia tych ksiąg władzy administracyjnej drugiej instancji (por. co do ustawy pruskiej Bittę-Kriesa jw. str. 258, 259 nast.). Wobec jednak różnych zakresów działania władz wodnych (art. 196—198 proj.) wskazanem wydaje się być raczej terytorjalne złączenie księgi wodnej z obszarem, który może być uznany za siedzibę prawa wodnego lub spółki wodnej, gdzie też interesowani do księgi mają najłatwiejszy przystęp, tak samo jak księgi hipoteczne winny być

w interesie potrzebującej ich ludności jak najbardziej zdecentralizowane. (Niesłuszne są w tym względzie zarzuty uczynione złożonemu w Komisji Kodyfikacyjnej projektowi ustawy o ustroju sądownictwa zob. np. Gazetę Sądową Warszawską 1921 str. 83). Przepisów ustawy pruskiej o domniemaniu prawdziwości wpisów (§ 190), lecz bez dalej sięgającej ochrony nabycia w zaufaniu do księgi wodnej (Bitta Kries jw. str. 269) projekt nie przejął. Ustawa pruska zna także (§ 192 4) wpisy sprzeciwów w księdze wodnej na żądanie sądów zwyczajnych (Bitta-Kries jw. str. 270 nast.). Co do losu ksiąg wodnych w państwie badeńskiem Schenkel jw. str. 301 nast.

[99]) W b. Galicji obowiązywało w przedmiocie urządzenia i prowadzenia księgi wodnej ze zbiorem kart wodnych i dokumentów rozp. min. roln. w porozum. z min. spr. wewn., sprawiedl. i handlu z 9 czerwca 1875 dz. ukr. nr. 70, w Księstwie Cieszyńskiem takież rozp. z 20 maja 1873 dz. ukr. nr. 38, 99) str. 403, 406.

[100]) por. Komisja Kodyfikacyjna Rzp. P. Wydział karny. Prawo materjalne tom II zeszyt 1 str. 26 nast. tudzież ank. str. 401.

[101]) § 253 zakwestjonowano na ankiecie (str. 403) jako niepotrzebny, zdaje się, niesłusznie (Bitta-Kries jw. str. 488). Zob. także § 336 l. 10 niem. u. k. co do przekroczeń przepisów policyjnych tyczących się komunikacji na drogach wodnych (do tego Schenkel jw. str. 46, 80, 96), co do innych przepisów niem. u. k. Schenkel str. 96, tamże także o przepisach policyjnego kodeksu karnego. Bitta Kries jw. str. 483 nast.

[102]) Rożański ank. str. 390.

[103]) co do których przy ank. (str. 399)—co prawda—zaznaczono, że nie są obliczone na b. dzielnicę pruską, gdzie są już przepisy o postępowaniu administracyjnem. Jako lex specialis uchylają zaś przepisy projektów zastosowanie ogólnych przepisów o postępowaniu karnem administracyjnem (dekr. z 7 lutego 1919 dz. pr. poz. 154, rozp. z 21 lutego 1919 Monitor Polski № 46, rozp. wyk. z 14 marca 1919 r. № 58 Dz. rozp. gen. deł. rządu dla Galicji, rozp. z 13 listopada 1919 dz u. poz. 489 art. 3, rozp. z 5 marca 1921 dz. u. poz. 134).

[104]) Wedle art. 4 l. 11 ustawy konstytucyjnej z 15 lipca 1920 dz. u. poz. 497 zawierającej statut organiczny Województwa Śląskiego, dla ustawodawstwa Sejmu Śląskiego jest zastrzeżone ustawodawstwo wodne łącznie z ustawodawstwem o budownictwie wodnem, z wyjątkiem ustawodawstwa o sztucznych drogach wodnych, tudzież regulacji rzek żaglownych i granicznych. Por. ank. str. 403. Trzeba tu więc będzie uczynić różnicę między poszczególnymi obszarami b. dzielnicy pruskiej, gdyż wprowadzenie powszechnej ustawy wodnej na Śląsku (a także na częściach b. Księstwa Cieszyńskiego) może nastąpić tylko co do części ustawodawstwa wodnego wyłączonych z kompetencji Sejmu Wojewódzkiego.

Termin wejścia w życie ustawy na Orawie i Spiszu będzie zapewne identyczny z terminem ustanowionym dla b. Galicji.

W Księstwie Cieszyńskiem obowiązywała krajowa ustawa wodna z 28 sierpnia 1870 dz. ust kr. nr. 51 (uzupełniona ustawą z 6 marca 1873 dz. ust. kr. nr. 28).

[105]) Komisja Kodyfikacyjna postanowiła jednak przystąpić do współpracy nad projektem już wcześniej i wyznaczyć do niej referentów dla działu cywilnego.

Bronisław Nich Wróblewski.

PRZESTĘPSTWO.

Badaniom przestępstwa poświęcono wiele pracy, jednak nie osiągnięto wyników, któreby można uznać za teoretycznie zadawalniające.

Analogicznie do faktu, że zdanie Kanta o poszukiwaniu przez prawników określenia prawa w stosunku do samego prawa nie straciło jeszcze aktualności pomimo prac Bergbohma, Bierlinga, Petrażyckiego, Radbrucha, Stammlera i innych, można to samo orzec w stosunku do określenia przestępstwa, tego podstawowego zjawiska w każdej dziedzinie prawa karnego w obszernem znaczeniu.

Większość dotychczasowych teorji przestępstwa opiera się na współczesnych czy też na dawnych kodeksach karnych i sądzi, że tam jedynie jest to, co stanowi przestępstwo.

Najjaskrawiej ten punkt widzenia zaznacza się w formalnem określeniu przestępstwa.

Liszt niezależnie od określenia istoty przestępstwa, o którem będziemy mówić niżej, ze stanowiska formalnego określa je, jako stan faktyczny, z którym porządek prawny łączy karę, jako skutek jurydyczny. [1])

W. Makowski twierdzi, zastrzegając się co do zwrócenia uwagi tylko na cechy formalne, że przestępstwo i kara są dwiema stronami jednego stosunku prawnego. W każdem z określeń którejkolwiek strony musi tkwić implicite cały stosunek prawny, a więc i strona druga. [2])

Tę samą myśl przeprowadza Makowski w zasadach walki z przestępstwem, gdzie mówi, że w dzisiejszym stanie teorji i praktyki prawno-karnej za niewzruszoną cechę przestępstwa uważamy obłożenie karą. Stąd możemy uważać za najważniejsze, aczkolwiek formalne tylko, określenie przestępstwa, jako czynu karą obłożonego. [3])

Podobną budowę posiadają niżej podane określenia istoty przestępstwa.

Według Liszta przestępstwo może być (co do istoty) określone, jako czyn poczytalny, przeciwprawny, który z powodu swojego specjalnego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych, jest obłożony karą. [4])

Krzymuski twierdzi, że przestępstwem jest czyn zewnętrzny człowieka, w wyższym stopniu sprzeciwiający się prawu i z tego też powodu zabroniony przez nie pod groźbą kary, ale tylko o tyle, o ile jego spełnienie można poczytać jego sprawcy za winę. [5])

Tagancew uważa za przestępne postępowanie, nastające na normę prawną w jej bycie realnym, lub też, akcentując treść: postępowanie nastające na ochroniony normą interes życia.

Interesy ochraniane mogą mieć charakter realny—życie, zdrowie, nietykalność posiadania, lub idealny — honor, uczucie religijne, przyzwoitość i t. d.

Owe interesy mogą należeć do oddzielnej osoby fizycznej, lub prawnej, lub też do oddzielnych zrzeszeń, egzystujących w państwie, nie stanowiących jednak osób prawnych, lub do całości społecznych czynników, do

---

1) Liszt: Lehrbuch s. 119.
2) Makowski: Podst. fil. pr. kar., str. 426—431.
3) Makowski: Zasady walki z przestępstwem, str. 12.
4) Liszt, o. c. § 24 s. 96.
5) E. Krzymuski: System prawa karnego. Część ogólna. 1921, str. 42—43.

całego społeczeństwa, lub wreszcie do samego państwa, jako całości prawnie zorganizowanej.

Ponadto interes chroniony przez prawo może należeć do dziedziny danego podmiotu i wtedy nastawanie na interes będzie nastawaniem i na prawo podmiotowe, lub też pewien interes jest chroniony wyłącznie przez normy prawne jako społeczny dobytek lub dobro, niezależnie od należenia jego do tego lub innego podmiotu.[1])

Powiązanie przez Tagancewa normy prawnej z życiem (interesem) i dodanie do niej realności bytu nie unicestwia tego, że punktem wyjścia dla Tagancewa przy badaniu przestępstwa jest prawo-kodeks.

Tego rodzaju metoda jest błędna z tego powodu, że dany kodeks czy też kodeksy są to praktyczne konstrukcje przestępstwa, które za podłoże mają sądy o tem, co dany prawodawca uważa za przestępstwo, a nie to, co jest przestępstwem, jako fakt rzeczywistego życia.

Powyżsi teoretycy prawa karnego postępują tak, jakby to uczynił ten, ktoby, chcąc określić czyn niemoralny, wziął za podstawę dany system etyczny.

Ta okoliczność, że kodeks przeważnie jest skropleniem kollektywnem, a nie wytworem poszczególnych osób, co ma miejsce przy systematach etycznych—nie zmienia postaci rzeczy.

Ponadto nie można nie zwrócić uwagi na to, że przestępstwo jako fakt istnieje zanim prawodawca włączy go do kodeksu, przez co nada mu formalnie tę nazwę, a następnie, że są przestępstwa zawarte w kodeksach, lecz wymarłe.

W podanych wyżej określeniach i w wielu innych mieści się również drugi błąd, polegający na tem, że przestępstwo łączy się z karą, egzystencję jego wiąże się z następstwem kary, przyczem owa kara bywa znów wziętą z kodeksów.

Najdalej idzie w tym kierunku Maxwell, który ujmuje przestępstwo jako stosunek pomiędzy pewnym czynem a karą.

Z drugiej strony spotykamy najczęściej określenia kary, jako następstwa przestępstwa i wtenczas otrzymujemy tego rodzaju ewentualność, że albo w określeniu przestępstwa przy pomocy kary jest Y (kara) lub też w określeniu kary przy pomocy przestępstwa jest Y (przestępstwo).

Opieranie definicji przestępstwa na karze jest nieprawidłowem jeszcze z tego względu, że pomiędzy przestępstwem a karą, zachodzi stosunek względnie związek przyczynowy, co nie może wchodzić jako cecha do prawidłowych teoretycznie określeń danego zjawiska jako takiego.

Przejdziemy do tych teoretyków, którzy wychodzą poza obręb kodeksów karnych przy badaniu przestępstwa.

J. Makarewicz pisze, że przestępstwo jest postępek, spełniany przez członka danej grupy społecznej i rozpatrywany przez pozostałych członków grupy, jako postępek o tyle szkodliwy dla grupy, lub wskazujący taki stopień antisocjalnego nastroju (Gesinnung) u wykonawcy, że członkowie, dążąc do obrony swej pomyślności, reagują nań publicznie, otwarcie i kollektywnie.[2])

Z tego wynika, dodaje J. Makarewicz, że przestępstwo jest nie tylko państwowem lecz i społecznem zjawiskiem.

Ta reakcja wyraża się szerzej, niż w formie kary ustawowej, gdyż może nią być kara zwyczajowa.[3])

O nieprawidłowości łączenia przestępstwa z karą (reakcją w tej lub innej formie) pisaliśmy wyżej, tu zwrócimy uwagę na inną cechę, dawaną

---

1) Tagancew: Russkoje ugołownoje prawo. Czast' obszczaja, t. I. 1902, 48—51.
2) J. Makarewicz: Einführung... s. 80, 99.
3) J. Makarewicz: Prawo karne ogólne, str. 14.

w określeniu przestępstwa przez J. Makarewicza, a mianowicie cechę szkodliwości postępku dla grupy, wysuwaną również przez innych teoretyków w formie tejże szkodliwości, względnie niebezpieczeństwa.

Ową cechą posługuje się J. Makarewicz również przy odróżnianiu przestępstwa od czynu niemoralnego, między niemoralnym a karygodnym czynem niema zasadniczo różnicy innej, jak tylko co do stopnia szkodliwości społecznej, co zewnętrznie znów uwidoczni się w większem lub mniejszem natężeniu społecznego oburzenia i społecznego potępienia.

Jeżeli grupa społeczna ograniczy się do pewnych słabych tylko oznak niezadowolenia ze swego członka, mamy do czynienia z faktem postępowania niemoralnego, jeżeli zaś chwyta się ostrych środków—mówimy o karze i czynie karygodnym.[1])

Z powyższego możemy sądzić, że według J. Makarewicza, istotną cechą, pomiędzy innemi, przestępstwa jest szkodliwość danego postępku.

Należy nadmienić, że w niektórych określeniach przestępstwa owa szkodliwość społeczna występuje pod nazwą antisocjalności postępku w tej lub innej formie. Ferri twierdzi, że w okresie historycznym ewolucji ludzkości zabójstwo i złodziejstwo zawsze były uważane za przestępstwa, jako czyny w najwyższym stopniu przeciwspołeczne, niezależnie od tego, jakie kryterjum było brane pod uwagę przez prawodawców przy wprowadzaniu za nie kary.[2])

Na ową cechę wskazuje szereg prawników i socjologów, pomiędzy niemi Petrażycki, Mogilnicki, Letourneau, Westermark, Dürkheim i należy się zgodzić z faktem, że owa szkodliwość ma miejsce w większości wypadków przestępstwa, jednakże możemy się spotkać z przestępstwami, które tej cechy nie posiadają.

Prawa Manu zawierają w sobie szereg przestępstw, których szkodliwość budzi poważne wątpliwości, jako to: gaszenie ognia ustami, patrzenie na słońce, na odbicie jego w wodzie i t. p.

Kodeks jednego ze stanów Południowej Ameryki do liczby przestępstw karnych zalicza grę w karty, tańce, zabawy w dnie świąteczne,[3]) kodeks New-Jorku również uważa powyższe postępki w dnie świąteczne za przestępstwa, dodając jeszcze do ich liczby strzelanie, polowanie, łowienie ryb, wyścigi i inne zabawy, zakłócające spokój świąteczny.[4])

Na zasadzie powyższych uwag możemy stwierdzić, że większość przestępstw zawiera w sobie cechę szkodliwości społecznej postępków, lecz nie możemy twierdzić, że każde przestępstwo jest postępkiem społecznie szkodliwym.

W określeniu przestępstwa, dawanem przez J. Makarewicza, jest jeszcze jedna cecha, na którą należy zwrócić uwagę, a mianowicie antispołeczny nastrój sprawcy postępku, który jest również podkreślany przez Ferri.

Według Ferri charakterystyczne składniki przestępstwa naturalnego są przeciwspołeczność motywów i napad na warunki egzystencji (indywidualnej lub socjalnej), zaczepiające średnią moralność określonej grupy zbiorowej. Kiedy wszystkie te czynniki są obecne, mamy do czynienia z dziedziczną formą antiludzkiej przestępczości; kiedy pierwszy z nich (a przez to samo i ostatni) jest nieobecny — z formą ewolucyjnej lub polityko-społecznej przestępczości[5]).

---

1) J. Makarewicz: ibidem.
2) Ferri: Sociologia criminale, tł. ros. 1908, s. 78.
3) W. Tallach: Penological and preventive principles, 1889, p. 305.
4) The penal code of the State of New-Jork, 1882, §§ 259, 260, 262, 265, 269.
5) Ferri o. c. s. 83

Uważanie antispołeczności nastroju względnie motywów za cechę przestępstwa zahacza o pytanie, czy przestępstwo jest powiązane w ten lub inny sposób z psychiką sprawcy, bądź to w formie użytej przez Makarewicza, Ferri i innych, bądź w formie ogólnej — stanu przestępczości. Tego typu teorję rozwinął gruntownie Fojnickij, twierdząc, że przedmiotem prawa karania nie jest przestępstwo, lecz indywidualny stan przestępczości, że dalej przestępstwo jest zewnętrznym wyrazem tego stanu, że wreszcie przez indywidualny stan przestępczości należy rozumieć fizyczno - psychiczny stan człowieka.

Stanowisko Fojnickiego zmodyfikował i uzupełnił Pustoroslew.

Przestępstwo karne jest to niespełnienie prawnego obowiązku przez człowieka lub związek ludzi w konkretnym wypadku, lecz tylko takie niespełnienie, które, zdaniem państwa, wykazuje stan przestępczości sprawcy.

Człowiek lub związek ludzi spełnia przestępstwo karne przez to, że w danym życiowym wypadku nie wypełnia swego obowiązku i przytem nie spełnia go, zdaniem państwa, wskutek swego wewnętrznego stanu przestępczości.

Stanem przestępczości Pustoroslew nazywa specjalny stan duchowy sprawcy, osobliwie ujemnej jakości (niedobrokaczestwiennoje) do tego osobliwie godny osądzenia, zdaniem państwa.

Państwo uważa za karne to przestępstwo, które, jego zdaniem, wykazuje wewnętrzny stan przestępczy sprawcy [1]).

Teorje tego typu, opierające się na nastrojach przestępcy, na jego stanach, zawierają w sobie błędy metodologiczne.

Antispołeczność nastrojów, względnie motywów, lub stan przestępczości sprawcy danego czynu, zwanego przestępstwem, może mieć miejsce, jednak że nie jest ona konieczną, wreszcie zupełnie odpada w wypadkach nieostrożnego przestępstwa (negligentia i luxuria).

Dalej nie można przypuścić, aby prawodawca pierwotny przechodził tego rodzaju proces myślowy, aby, wychodząc z badania czynników antispołecznych, względnie nastrojów lub stanów przestępczości w dziedzinie psychiki człowieka, i badając, co może być wyrazem zewnętrznym owych czynników, na tej drodze dochodził do konstruowania przestępstwa.

Pomieszczanie wreszcie w określeniu przestępstwa cech, dotyczących sprawcy, jest niezgodne z wymogami teoretycznych określeń. Argument, że tego rodzaju określenia są syntetyczne i łączą w sobie moment wewnętrzny (nastrój, motywy, stan) z momentem zewnętrznym (to, co zostało obrażone) nie kasuje zarzutu, że w określeniu zjawiska złożonego pewnej kategorji należy dawać cechy, należące do tej samej kategorji zjawisk prostych, o ile dane określenie nie jest wyłącznie rezultatem pewnego punktu widzenia.

Z tego względu cechy takie, jak nastroje, motywy, stany wewnętrzne— nadają się i mogą być cenne przy określaniu samego przestępcy, a nie przestępstwa.

Przejdziemy do określeń przestępstwa, które nie biorą pod uwagę samego sprawcy czynu, a szukają oparcia w dziedzinie pewnych stanów uczuciowych danego społeczeństwa.

Postępek, pisze Dürkheim, jest przestępny wówczas, kiedy obraża silne i określone stany świadomości kollektywnej.

Kollektywną zaś świadomością autor nazywa połączenie, całość wierzeń i uczuć wspólnych przeciętnie członkom jednego i tego samego społeczeństwa, formujących określony system, posiadający własne życie [2]).

---

1) Pustoroslew. Analiz poniatja o prestuplenji 1892 s. 172—176, 226—230.
2) Dürkheim De la division du travail social 1893 p. 63—64.

Określenie to zawiera w sobie cechy bez wyraźnej linji, przyczem świadomość kollektywna, z powołaniem się więcej formalnem na jej treść, włącza w siebie zarówno przestępstwo, jak czyn niemoralny, oraz grzech.

Podobne w typie określenie przestępstwa daje Garofalo. Twierdzi on, że przestępnym aktem jest ten, który obraża zasadnicze altruistyczne uczucia ludzkości (pietá, pitié) i uczciwości (probitá, probité), lecz nie na wyższych stopniach ich przejawu, a na poziomie średniego (la partie supérieure et la plus délicate de ses sentiments), właściwego danemu społeczeństwu (la mesure moyenne dans laquelle ils sont possédés par une communauté).

Pogląd ten Garofalo opiera na tem, że istnieje podstawowe uczucie ludzkości (pietá), które posiada cały rodzaj ludzki w formie negatywnej, t. j. w formie powstrzymywania się od pewnych aktów okrutnych.

Opinja społeczna zawsze uważała za przestępstwa obrazę tego uczucia, szkodliwą dla społeczeństwa, za wyjątkiem wojny i aktów okrucieństwa, żądanych lub powodowanych przesądami religijnemi, lub politycznemi, lub też urządzeniami tradycyjnemi i społecznemi [1]).

Colojani również w drugiej części swego określenia przestępstwa wskazuje na negatywny stosunek przestępstwa względem średniego poziomu moralności danego narodu w danym momencie [2]).

Zwracając zaś całkowicie uwagę na reakcję, jaką wywołuje w człowieku czyn, zwany przestępstwem karnem, prowadzi swe badania Sorokin.

Przestępstwo—twierdzi on—może być wyłącznie zjawiskiem psychicznem i klasa zjawisk przestępnych jest klasą specyficznych procesów psychicznych, przeżywanych przez tę lub ową osobę.

Określić cechy przestępstwa to znaczy wykazać cechy specyficznej klasy przeżyć psychicznych.

Ponieważ przeżycia psychiczne są właściwe tylko osobie, to przy określaniu przestępstwa można stać tylko na punkcie widzenia tej lub owej osoby. Ten lub inny akt może być przestępstwem wyłącznie z czyjegoś punktu widzenia, t. j. z punktu widzenia danej osoby lub grupy osób.

Dla każdej osoby przestępne będą te akty (facere, abstinere i pati) rzeczywiste lub wyobrażone, własne lub cudze, które obudzają w niej odnośne specyficzne przeżycia.

Ażeby określić klasę przestępnych aktów, jest koniecznem zcharakteryzowanie tych cech specjalnych przeżyć psychicznych, obecność których w „duszy" osoby warunkuje kwalifikację przezeń tych lub innych aktów, jako aktów przestępnych [3]).

Nie można się zgodzić z autorem, aby przestępstwo było zjawiskiem psychicznem.

Przy dzisiejszym stanie psychologji, kiedy z jednej strony występuje psychologja kollektywna, a z drugiej psycho — fizyka, następnie gdy socjologja jeszcze nie zbudowała swych podstaw i wchodzi do dziedzin, zajętych przez psychologję, i odwrotnie, trudnem jest zdefinjowanie teoretycznie prawidłowe zjawiska psychicznego.

Dla nas wystarczy jednak choćby poglądowe przedstawienie zjawisk, które są bezspornie psychicznemi.

Psychologja bada fakty świadcmości, na co zgadzają się badacze.

Do faktów tych dołącza się cała grupa nieświadomych, podświadomych (kryptomnezja), które również włącza się do psychologji na tej zasadzie, że są one nieświadome, względnie podświadome, w pewnych warunkach, stają się świadome w innych.

---

1) Garofalo. Za criminalogja s. 34—39.
2) Colojani cyt. u Terri o. c. s. 79.
3) Sorokin. Prestuplenje i kara 1914 r. 87—89.

Jako zasadniczą cechę owych faktów świadomości jest wysuwana „duchowość”, niedostępność dla zmysłów, niematerjalność, aczkolwiek ta cecha zostaje w ostatnich czasach zakwestjonowaną drogą stwierdzenia materjalności wyobrażeń.

Binet twierdzi więc, że psychologja bada specjalnie pewne przedmioty poznania, te mianowicie, które mają charakter wyobrażeń: wspomnienia, poglądy, koncepcje, wzruszenia, chcenia i wzajemne wpływy tych przedmiotów między sobą; bada więc ona część świata materjalnego, tego świata który dotąd zwano duchowym, bo nie podpada pod zmysły, bo jest subjektywny i dla innych prócz nas samych niedostępny; bada ona prawa tych przedmiotów, prawa, które nazwano umysłowemi.

Praw tych nie znajdujemy ani w fizyce ani w biologji, stanowią one dla nas poznanie odłączne od poznania świata przyrody.

Kojarzenie przez podobieństwo, np., jest prawem świadomości, prawem psychologicznem nie mającem zastosowania ani odpowiednika w świecie fizyki ani biologji.[1])

Niezależnie od tego, jak będziemy patrzeć na wyobrażenia, czy że będą one „duchowe” czy też materjalne, możemy ustalić, ze zjawiskami psychicznemi, będącemi przedmiotami specjalnej gałęzi wiedzy — psychologji są wspomnienia, poglądy, koncepcje, wzruszenia, chcenia i wzajemne wpływy tych zjawisk pomiędzy sobą.

Jeżeli więc można związać przestępstwo ze zjawiskami psychicznemi, to jedynie stosując psychologiczny punkt widzenia do zjawisk, które człowiek przeżywa pod wpływem przestępstwa.

Tego rodzaju analizę daje Sorokin.

Przy spełnianiu własnych oraz przy postrzeganiu cudzych aktów, a również przy wyobrażaniu sobie tego lub owego postępowania, doświadczamy nie jednakowych przeżyć psychicznych, a przeżyć różnorodnych.

Pewne akty i rodzaje postępowania, zarówno swoje jak i cudze, przeżywamy i uświadamiamy sobie jako akty „pozwolone lub należne”, „sprawiedliwe” i przypisujemy sobie i innym lub prawo na ich przyjęcie (accipere), lub prawo na ich nietolerowanie (non-pati), lub też obowiązek czynienia ich (facere), lub obowiązek tolerowania ich (pati) wreszcie obowiązek powstrzymywania się od nich (abstinere).[2])

Spostrzeżenia te oraz dalsza analiza przeżyć związanych z pewną kategorją czynów są trafne, jednakże nie dają podstaw do wyprowadzenia zdania, że przestępstwo jest zjawiskiem psychicznem.

Stosując sposób rozumowania autora, doszlibyśmy do identyfikowania piękna z przeżyciem estetycznem, odrzucenia cech objektywnych piękna, a budowania go wyłącznie ze stanowiska podmiotowych przeżyć, identyfikowania religji z przeżyciami religijnemi i t. p.

Trzeba przyznać, że Sorokin jest konsekwentnym i twierdzi, że ten lub inny postępek może być przestępstwem wyłącznie nawet dla jednej osoby.

Jeśli zaś jeden i ten sam akt lub klasa aktów będą sprzeciwiać się szablonowi „należnego“ zachowania się całej grupy ludzi, to ten akt będzie przestępstwem dla całej danej grupy, a ponieważ grupy wzajemnie oddziaływujących osób są znane pod różnemi nazwami: klanu totemicznego, rodu, rodziny kościoła, towarzystwa naukowego, państwa — to przez to samo mogą być akty, przestępne z punktu widzenia totemu, rodu, rodziny, państwa i t. d. — aby tylko obudzały w psychice członków odnośne przeżycia [3]).

[1]) Binet Dusza i ciało tł. z fr. s. 144.
[2]) Sorokin o. c. s. 90.
[3]) ibidem s. 93.

Takiego rodzaju ujęcie sprawy nie zmienia postawionego zarzutu, a mianowicie, że przestępstwo nie jest identyczne z przeżyciem przestępstwa. Fakt ten uwidocznia się u samego autora w niżej przytoczonych ustępach które zdradzają sztuczność i wadliwość teoretyczną konstrukcji.

W każdym akcie przestępnym są zawarte conajmniej dwa elementy życia psychicznego: a) wyobrażenie „zakazanego” aktu i b) emocja odpychająca.

Ponieważ „zakazane” (a również niesprawiedliwość, bezprawie, grzeszność, niemoralność i t. d.) sprowadza się końcowo do sprzeczności z wyobrażeniem o „pozwolono—należnem” postępowaniu, to czynnik a) może być zamieniony wyobrażeniem aktu „sprzeciwiającego się wyobrażeniu o „pozwolono-należnem” postępowaniu.

Powstaje pytanie, jaki jest stosunek pomiędzy wyobrażeniem „zakazanego” aktu, a wyobrażeniem przestępstwa, czy nie jest to określanie idem per idem.

Dalej twierdzi Sorokin, że do tych dwuch zasadniczych czynników aktu przestępnego w następstwie dołącza się bardzo często uczuciowy czynnik—cierpienie: akt przestępny rzeczywiście spełniony, a czasem wprost wyobrażony, bardzo często powoduje przeżycie, zabarwione ujemnym tonem uczuciowym.

Na gruncie tych czynników powstają znów procesy uczuciowo emocjonalne: przeżycia „obrazy”, wrogości, nienawiści, życzenia zemsty i t. d. [1])

Pomijając to, że jest niewyjaśnionem, w jakim związku pozostaje „emocja odpychająca” z przeżyciami zabarwionemi tonem uczuciowym ujemnym, wzbudza wątpliwości zagadnienie, dlaczego pierwsza jest istotną dla aktu przestępnego, a drugie występują jako zjawiska wtórne

Następnie, jeśli stanąć na stanowisku, że przestępstwo jest tem, na co reaguje osobnik względnie grupa w sposób A, to otrzymamy nie określenie faktu przestępstwa, a określenie indywidualnych względnie kollektywnych przeżyć psychicznych wobec faktu N.

Wreszcie należy zwrócić uwagę na to, że w wypadkach pościgu za złodziejem, goniący przeżywają reakcję, którą sprowadził czyn przestępny, obok tego zjawiają się również przeżycia osób, które wiedząc o przestępstwie, myślą o tem, aby goniony uszedł (tropiony zwierz) pogoni. Z tego wynikałoby, że przy zastosowaniu kryterjum reakcji psychicznej jeden i ten sam akt byłby i nie byłby przestępstwem, na co się godzi Sorokin, jednakże jego pogląd nie wytrzymuje krytyki.

Zwrócimy jeszcze uwagę na pojęcie przedstępstw naturalnych i sztucznych.

Romagnosi przeprowadzając tego rodzaju różnicę w ogólnej kategorji przestępstw, popiera ją tem, że rzymianie rozróżniali działania, które były uważane za przestępstwa, ponieważ uczucie moralne i sumienie osądzały je (natura turpia sunt), oraz działania zakazane dla celów ogólnego bezpieczeństwa, ponieważ tego wymagały specjalne warunki, w których znajdował się jakiś naród (civiliter et quasi more civitatis [2]).

Tę różnicę spotyka się również w prawie anglosaskiem w formie przestępstw ogólnych (mala in se) i przestępstw przeciwko ustawom (mala prohibita).

Określenia tego typu nie odpowiadają rzeczywistości.

Nawet te przestępstwa, które wskutek swej wielkiej powszechności mogłyby rodzić przypuszczenie o swej naturalności, nie mogę być uznane za powszechne w ścisłem znaczeniu.

---

1) ibidem s. 91.

2) Romagnosi Genesi del divitto penale § 1545.

Weitz przytacza wyrażenie Brehma, wedle którego, negrowie wschodniego Sudanu (kraju leżącego nad Nilem) oszustwo, kradzież i morderstwo nie tylko uniewinniają, ale uważają je nawet za czyn męża zupełnie godny. Dopiero pod rządem tureckim nauczyli się odróżniać morderstwo od zabójstwa usprawiedliwionego (podczas wojny i wskutek wyroku prawa).

Fałsz i oszukaństwo uchodzą jako tryumf wyższości umysłowej nad ograniczonością [1]).

I. Makarewicz wskazując na zdradę główną, jako na przestępstwo niemal jedyne w najpierwotniejszych społeczeństwach, twierdzi, że jest ona przestępstwem „naturalnem", lecz nie dlatego, że należy do części składowych jakiegoś prawa natury, quod natura omnes homines docuit, lecz dlatego, że wynika z istoty grupy społecznej [2]).

Po rozpatrzeniu główniejszych teorji względnie określeń przestępstwa (nie było naszym celem obejmowanie ich w całości, gdyż używamy owych jako tła, na którem chcemy przystąpić do badania przestępstwa), należy dojść do wniosku, że pewne grupy badaczy popełniają błąd metodologiczny, biorąc wyłącznie za podstawę badań kodeksy, inne znów oświetlają przestępstwo wyłącznie z pewnego punktu widzenia (psychologicznego, biologicznego, antropologicznego), i dają w ten sposób cenne wyjaśnienie, lecz nie określają istoty samego zjawiska, wreszcie takie, które prawidłowo ujmują samo zjawisko, przenosząc je na grunt socjologji, lecz nie dają określeń prawidłowych teoretycznie.

Będziemy się więc posuwać do określenia przestępstwa, któreby się nie spotykało z zarzutami wyżej przytoczonemi.

Pierwszą kwestą będzie ustalenie, do jakiej kategorji zjawisk należy przestępstwo.

Nie możemy mówić o przestępstwach w świecie nieorganicznym, aczkolwiek możemy spotkać się tam z pewnemi zjawiskami szkodliwemi społecznie, względnie indywidualnie, t. j. z cechą, która przez niektórych badaczy była włączana do pojęcia przestępstwa.

Mówimy, że wiatr wyrządził duże straty, że piorun zabił człowieka, jednakże nie możemy powiedzieć, że wiatr lub piorun spełnił przestępstwo, aczkolwiek te fakty mogą być i są w skutkach szkodliwe dla społeczeństwa, względnie dla jednostki.

Jeżeli nawet spotkamy się z tem, że np. Kserkses chłoszcze morze za szkodę mu wyrządzoną, to mamy do czynienia z animizmem, niezależnie od tego, że sąd o zapatrywaniu się Kserksesa na działalność morza jako przestępną, jest oparty na łączeniu przestępstwa i kary w jedną całość co jest błędnem, jakżeśmy wykazali wyżej.

Nie spotykamy się również z przestępstwem w świecie zwierzęcym i roślinnym, aczkolwiek przyrodnicy, a nawet prawnicy mówią o przestępstwach zwierząt.

J. H. Taylor poświęca cały rozdział swej książki rabunkom i morderstwem roślin, aczkolwiek, mówiąc wogóle o moralności roślin, przypuszcza zarzut, że wyraz moralność da się ściśle zastosować tylko do działaczy świadomych, w których rzędzie rośliny umieszczone być nie mogą [3]).

W świecie zwierzęcym i roślinnym możemy spotkać materjalny skład zjawisk, któreby było można nazwać przestępstwami, lecz czyniąc to, w formie przenośni, a nie faktycznego stanu rzeczy.

---

1) Weitz. Antropologie der Naturvölker B. I 1859 § 353.
2) Makarewicz. Prawo karne ogólne § 3.
3) I. H. Tybor. „Zmyślność i moralność roślin" tłom. z ang. 1886 r. § 171—172.

Twierdzenie, że zwierzę A ukradło pokarm, że kruk ukradł pierścionek, roślina N zadusiła, zabiła roślinę M, będzie to stwierdzenie pewnych faktów, nic więcej, a jeśli będzie temu nadawane zabarwienie przestępczości względnie nazwa przestępstwa, to będziemy mieć do czynienia z przenośnią, z przenoszeniem stosunków ludzkich do świata zwierzęcego, które uwydatni się, jesli o jednym i tym samym fakcie — zabicia człowieka w jednym wypadku przez konia, a w drugim przez człowieka — będziemy mówić — jako o przestępstwie konia i o przestępstwie człowieka.

Z powyższego dochodzimy do wniosku, że przestępstwo, jako takie, ma miejsce w świecie ludzkim.

Dalej podkreślamy, że przestępstwo może mieć miejsce w dziedzinie pewnej kategorji czynów, a nie w dziedzinie faktów.

Fakt sam w sobie nie może być przestępstwem.

Jeżeli weźmiemy świat nieorganiczny, to jasnem jest, że tam nie możemy mówić o czynach, niezależnie od tego jaką dozę świadomości im przypisujemy.

To samo da się powiedzieć o świecie roślinnym. I tu i tam będziemy mieć do czynienia z faktami.

Przechodząc do świata zwierzęcego w ścisłem znaczeniu, to będziemy w nim spotykać się z czynnościami, względnie z czynami instynktownemi, przy których doza świadomości jest kwestją dotychczas sporną.

Wyżej stwierdziliśmy, że przestępstwo nie ma miejsca w świecie zwierzęcym, z czego dedukujemy, że przestępstwo nie znajduje się w dziedzinie czynów wogóle, a w dziedzinie pewnej kategorji czynów.

Kategorją tą będą czyny świadome, które nie będą identyczne z czynami poczytalnemi: poczytalność wymaga dwóch pierwiastków—świadomości i woli w pewnem stadjum ich rozwoju.

Doszliśmy więc do wniosku, że przestępstwo ma miejsce w dziedzinie ludzkich czynów świadomych.

Teraz zwrócimy się do kwestji, w jakiem stadjum rozwojowem gatunku człowieka mają miejsce czyny świadome, co da nam możność stwierdzenia, do jakiego rzędu zjawisk należy przestępstwo.

Czyn świadomy może powstać jedynie w grupie, ze względu na to, że sama świadomość jest jej produktem, powstaje i rozwija się pod wpływem grupy przy udziale mowy.

W stadjum rozwoju historycznego, kiedy pomiędzy ludźmi istnieją tylko psychofizyczne powiązania, brak zaś jest psychologicznych, — przestępstwo nie ma miejsca, aczkolwiek jego skład materjalny istnieje, oraz istnieją reakcje, analogicznie do świata zwierzęcego.

Wogóle należy podkreślić, że w dziedzinie pewnych akcji i reakcji odruchowych, spontanicznych nie może być jeszcze mowy o przestępstwie.

Jeżeli zachowanie się bio-socjalne pewnego typu jest właściwe człowiekowi pierwotnemu w tem znaczeniu, że jest ono naturalnym, przyrodzonym wypływem jego kompleksu, to jednak możliwym jest fakt odmiennego zachowania się, o ile znajdzie się osobnik, którego we współczesnej terminologji nazwaliśmy patalogicznym, a który uczyni postępek niezgodny z owym typem bio-socjalnego zachowania się.

Ów osobnik patalogiczny nie będzie nikim innym, jak człowiekiem o budzącej się psychice indywidualnej.

Człowiek pierwotny będzie uderzony tą patalogją zachowania się i będzie reagować na nie, nie zdając sobie sprawy dlaczego lub w jakim celu to czyni. Ponieważ zaś poprzednie jego zachowanie się miało w sobie nieświadomy cel zachowania gatunku i grupy, więc przy badaniu późniejszem wydaje się, że owa reakcja była uświadomioną i celową, jest to jednak dziedzina odruchów, reakcji spontanicznych, gdzie niema jeszcze procesów świadomych, niema więc miejsca na przestępstwo.

Z tych więc względów stwierdzamy, że przestępstwo jest zjawiskiem socjalnem, w stadjum psychicznych, t. j. świadomych powiązań, z czego wynika, że winno być ono w dziedzinie socjologji, o ile chodzi o zbadanie jego istoty i danie określenia teoretycznie prawidłowego.

Weźmiemy dwa czyny, których skład materjalny jest jeden i ten sam.

A zabija w bitwie osobnika B.

A zabija w sprzeczce osobnika B.

Ze stanowiska fizycznego mamy tu do czynienia ze zjawiskami, które noszą miano zabójstwa.

Jeżeli zaś zbliżymy się do nich z pewnego punktu widzenia, to otrzymamy pojęcia przestępstwa, czynu złego, niemoralnego w stosunku do zabójstwa, w drugim wypadku, czynu zaś dobrego, należnego, a nawet bohaterskiego w pewnych okolicznościach w stosunku do zabójstwa w pierwszym wypadku, w obu zaś będziemy mieć do czynienia z czynami świadomemi.

Jasną jest rzeczą, że owe nazwy pojęcia „gminne" są dawane przez człowieka i wyprowadzane na podstawie tego, co jest uważane za wartość dodatnią lub ujemną, względnie jest taką wartością.

Proces zaś powiązania pomiędzy danym postrzeganym zjawiskiem a nadaniem mu tych czy innych cech wartości będzie oceną.

Kiedy występuje ów moment oceny wytwarza się odrębny stosunek pomiędzy określającym i określanem, inny niż w wypadku, kiedy człowiek określa w przyrodniczem ujęciu przedmiotu natury, aczkolwiek pragmatyści oraz Windelband i Rikkert twierdzą, że w istocie prawdy, w aktach sądzenia znajduje się już aprobata lub nieaprobata, czyli w tej lub innej formie ocena.

Pozostawiamy na boku wielce interesującą sprawę, czy obok teoretycznego poznania, egzystuje poznanie praktyczne, posiadające wartość pierwszego, t. j. poznanie nie tego, co jest, a tego co być powinno, następnie, czy są możliwe sądy wartości ze stanowiska teoretycznego, czy wyobrażenia o wartości, zgodnie z mniemaniem pozytywistów, odtwarzają jedynie w świadomości to, co jest konieczne w ujęciu przyrodniczem, i są tedy podmiotowym wyrazem tej konieczności; nas będzie interesować ta dziedzina wyłącznie ze strony faktycznej, t. j. postaramy się analizować te przeżycia tak, jak one się spotykają i dają się badać i rozpatrywać.

To, że operujemy pojęciami wartości, niezależnie od ich prawidłowości teoretycznej, jest faktem spotykanym na każdym kroku.

Człowiek, rozmawiając, stale ujmuje tematy ze stanowiska oceny i posługuje się całym szeregiem przymiotników, zawierających w sobie ocenę, dobry, zły, niegodziwy, niemoralny, występny, piękny, brzydki i t. d.

Przymiotniki te stosowane są do różnorodnej dziedziny zjawisk, nietylko do tych, które wchodzą do dziedziny zjawisk moralnych; obok wyrażenia „dobre jabłko", „złe jedzenie" spotykamy wyrażenia „dobry postępek", „zły czyn" i t. p.

Nazwy powyższe są nadawaniem pewnych cech, które stanowią wartość.

Ponieważ nam chodzi o to, jak w dziedzinie życia powstają oceny, (sięgamy do dziedziny moralnego praktycznego doświadczenia), to takie postawienie sprawy wymaga zbadania objektywnie ważnych mniemań o wartości zjawisk, lub stosunków ujęcia praktycznego.

W życiu praktycznem, jakżeśmy wyżej wskazali, stale spotykamy się z faktami oceny. Ocena ta nie bierze, jako kryterjum, wartości absolutnej, a wartości względne, t. j. zależne od świadomości danego osobnika względnie grupy społecznej.

Wszelka zaś ocena budowana na tem, czy innem kryterjum będzie zbadaniem danego zjawiska, przedmiotu w porównaniu z jakiemś innem zjawiskiem lub przedmiotem uważanym za owo kryterjum.

Ocena taka będzie mieć w życiu praktycznem za podłoże przeżycia psychiczne, niezależnie od tego, czy będziemy traktować uczucie czy też wolę, jako podmiotowy czynnik, który w połączeniu z przedmiotem daje konstrukcję wartości.

Takiego stanowiska nie zmienia to, że pomiędzy uczuciem lub wolą a przedmiotami istnieje zasadnicza niewspółmierność, gdyż to może unicestwić racjonalne ujęcie wartości, nie zmienia jednak stanu faktycznego. Otóż na podłożu owych połączeń powstają pewne mniemania, sądy, które obejmują oceny życia praktycznego, postępowania.

Tego rodzaju mniemania, sądy mogą być indywidualne oraz zbiorowe (kollektywne).

Jako zbiorowe będziemy uważać wytwory zbiorowego doświadczenia, zaznaczając, że mogą być one właściwością każdej osoby, lub części grupy danej całości, geneza ich jednak leży nie w twórczości pojedynczej osoby, a w pozostawaniu na gruncie gromadowości.

Mniemanie moje, że czynienie szkody bliźniemu jest złem, będzie kollektywnem mniemaniem o tyle, o ile jest powtórzeniem owego sądu, jako wytworu grupy, do której należę.

Inną jest rzeczą, że człowiek w dziedzinie ocen posiada względnie mało autonomicznych mniemań, co jest zrozumiałem z tego powodu, że sama moralność jest warunkowaną przez grupę, lecz mniemanie moje, nie będąc psycho-socjalnem, nie będzie posiadać ważności oceny objektywnej.

Następstwem owych sądów wartości będą sądy w formie: „należy (nie) czynić to a to", następnie „czyń" (nie) to a to".

Sądy w tej formie są zjawiskiem wtórnem w stosunku do sądu wartości.

Jeżeli weźmiemy nakaz — „nie kradnij", „kochaj bliźniego swego, jak siebie samego", to logicznym ich priusem w świadomości człowieka musi być pewien sąd w formie „kradzież jest złem", „miłość bliźniego jest dobrem", „nie należy kraść", „należy kochać bliźniego".

Sam fakt psychicznej reakcji wobec pierwszego zjawiska nie może być źródłem kollektywnych nakazów, norm, życzeń, które musi poprzedzać pewna spekulacja umysłowa w formie oceny: dopóki mamy do czynienia z akcją i reakcją, to niema miejsca na ocenę wartości, aczkolwiek ta sama akcja może być przedmiotem oceny, która ją wprowadzi do dziedziny zjawisk moralnych względnie społecznych.

Z rozważanych poprzednio rodzajów sądów, sądy w formie — „nie należy czynić tego a tego", „A nie powinien czynić tego a tego" nazwiemy sądami o należnem.

Jeżeli teraz chodzi o genezę sądów o należnem, to powstają one w różnych dziedzinach i stanowią pewne kategorje, których różnicą będzie zródło pochodzenia—podstawa.

Badając kategorje oceny wogóle, spotykamy się z dwiema głównemi, a mianowicie z moralnemi i socjalnemi, które bywają różnie ujmowane, a również identyfikowane pomiędzy sobą.

Przy ocenie etycznej postępków ludzkich daje się zauważyć, pomieszanie samych kryterjów. Jedni uważają za takie—świat wewnętrzny człowieka, drudzy — sam postępek, wreszcie inni—połączenie oceny postępku, zamiaru, chcenia, motywu. Zewnętrzną działalność, jak twierdzi Kawelin, rozważa się i wartościuje według tego znaczenia, jakie ona posiada w stosunku do społeczeństwa, państwa i innych ludzi; ruchy duszy, zamysły, zamiary — według stosunku do świadomości, rozumienia i przekonania wewnętrznego tego, w kim one dojrzewają i stają się. Stąd wynika różny charakter prawideł dla postępków moralnych i działań zewnętrznych. [1])

---

[1]) Kawelin. Zadaczi etiki 1887 s. 11

Sigwart twierdzi, że kryterjum oceny moralnej postępku leży w zamiarze, a nie w rzeczywistym rezultacie, ponieważ ten zalezy nie tylko od zamiaru, lecz i od innych warunków...

Badanie etyczne, twierdzi on, nie może przyjmować za punkt wyjścia niedoskonałości naszych działań, uwarunkowanej złym wyrachowaniem: ono powinno wypływać z tej treści, jaka jest właściwą chceniu [1]).

Na odmiennym punkcie stoi Makarewicz, który uznaje tylko etykę socjalną. Kryterjum oceny etycznej nie leży — według niego—w dziedzinie wewnętrznych nastrojów, zamiarów, gdyż prawo i moralność posiadają jeden przedmiot — zachowanie się zewnętrzne — tylko w różnych dziedzinach, na terytorjach własnych.

Lipps łączy te dwa momenty. Poczytanie etyczne składa się z wymierzenia wartości osobnika z etycznego punktu widzenia według etycznej wartości postępku, z czem łącznie Lipps wprowadza pojęcie zmniejszonej poczytalności dla tych wypadków, kiedy człowiek pod wpływem silnych motywów spełnia postępek zły, jeśli one usprawiedliwiają się z punktu widzenia ludzi. Jedne i te same postępki, według Lippsa, nie są dowodem jednych i tych samych form budowy moralnej człowieka, która może być określoną tylko drogą zbadania wszystkich szczegółów postępku, a w szczególności siły motywów wyższych.

Spasowicz twierdzi, że człowiek z etycznego punktu widzenia winien się sądzić nie za motywy swych oddzielnych postępków, a za całe swe zachowanie się.

Czubiński dla oceny etycznej postępku formułuje trzy podstawy: 1) Nie można dać zupełnej oceny etycznej działania, opierając się wyłącznie na zaznajomieniu się z motywami; dla osiągnięcia takiej oceny powinniśmy się liczyć z właściwościami samego czynu. 2) czyn nie może być pochwalony, aprobowany z punktu widzenia etyki tylko na tej zasadzie, że motyw był dobry; jeżeli on sam w sobie jest złem, to może być usprawiedliwiony na zasadzie motywu dobrego łącznie z innemi okolicznościami, lecz zasadniczej aprobaty takiemu postępkowi etyka dać nie może. 3) jednocześnie zbadanie i ocena motywu postępku jest najwięcej ważnym i niezawodnym sposobem do oceny etycznej owego postępku; ostatnia wymaga wszechstronnego zbadania, lecz motyw daje wskazówki dla najważniejszej części zagadnienia: oświetlić prawidłowo czyn, określając jego etyczne korzenie [2]).

Zwrócenie uwagi przy ocenie etycznej na same fakty powstaje na gruncie socjalizacji etyki. Hedonistyczne teorje ludzkiego postępowania, jako zbudowane na egoizmie, są zachwiane pod wpływem badań nad ewolucją etyki. O ile uprzednio budowano etykę na egoizmie i negowaniu skłonności społecznych, obecnie pod wpływem przyrodniczych badań i socjologji badacze dochodzą do wniosku, że człowiek, jako oderwana odrębna całość, nie istnieje w rzeczywistości. Próby wykreślenia moralności wyłącznie dla zachowywania się indywidualnego, nie zwracając uwagi na cele społecznego postępowania, nie biorą pod uwagę tego faktu, że cel który winien osiągnąć człowiek oddzielny, stanowi tylko część celu społeczeństwa, i że swoją drogą cele społeczeństwa w rezultacie końcowym mogą być tylko stanami ludzi oddzielnych, którzy jedynie posiadają rzeczywistą egzystencję. Podobne stanowisko wpłynęło na kierunek, że przy zastosowaniu ocen moralnych bardziej zwraca się uwagę na ocenę faktu, czynu, niż osoby. Nie ulega wątpliwości, że etyka pod wpływem społeczności socjalizuje się. Frizo patrzy na ewolucję etyczną, jak na prawo, na którego zasadzie przy

---

[1]) Sigwart Vorfragen der Etik. 1907.
[2]) Czubinskij. Motiw prestupnoj diejatielnosti. 1900. s. 73, 74.

warunku życia społecznego, z egoizmu winien powstać altruizm, będący wyrazem doskonałego przystosowania się osobnika do środowiska socjalnego. Wskazanie jednak, jak pod wpływem obcowania ludzi socjalizuje się moralność, nie rozwiązuje pytania o tożsamości moralnego i socjalnego. Ocena socjalna może się opierać na względach pożytku lub szkody danego postępku dla społeczeństwa. Jeśli więc mówi się o socjalnych i antisocjalnych motywach, to przez to chce się powiedzieć, że dany osobnik, jako nie przystosowany do środowiska, nie posiadający, według terminologji Tarde'a, similitude socjal, jest zdolnym do działania na pożytek lub szkodę społeczeństwa. Tymczasem motyw moralny może być albo pożyteczny, albo obojętny, albo nawet szkodliwy dla społeczeństwa. Krańcowe rozwinięte uczucie altruistyczne może być w rezultatach dalszych szkodliwem dla społeczeństwa, będąc dobrem dla danego momentu. Filantropja w formie bezpośredniej pomocy w rezultacie może się okazać działalnością aspołeczną, tymczasem mogła się opierać na altruistycznem uczuciu względem bliźniego. Zabójstwo, uczynione ze współczucia stosownie do usilnej prośby, uczynione dzięki motywom moralnym, będzie pomimo tego czynem aspołecznym.

Z tego wynika, że utożsamiać socjalnej i moralnej oceny nie można. Czubiński stoi na innem stanowisku, łącząc te oceny w jedną. Rozumna ocena socjalna postępków—twierdzi on—liczy się z ludowemi etyczno-prawnemi poglądami, a więc zawiera w sobie ocenę etyczną, jako czynnik zasadniczy. Tu wydaje się niezrozumiałem, czemu etyczno-prawne ludowe poglądy są włączone przez Cz. do rubryki ocen socjalnych, a nie bezpośrednio do rubryki o tej samej nazwie. Należy zwrócić uwagę jeszcze na kwestję oceny moralnej samych czynów.

Jeżeli stanąć na stanowisku utylitaryzmu, to rzecz oczywista, że możemy mówić o moralnej ocenie czynów człowieka, jednakże ocena moralna w ścisłem znaczeniu nie może się odnosić do samych czynów.

Ocenianie samych postępków człowieka w ich materjalnej treści, powstaje z tego, że czyny, które najczęściej się łączą z pobudkami moralnemi, uważane są za moralne.

Czynów moralnych samych w sobie niema, są tylko pobudki i motywy moralne. Mówimy, że dany czyn jest zły, lecz pobudki sprawcy są moralne, natomiast nie możemy powiedzieć, że dany czyn jest moralny, lecz pobudki są złe. Przy przenoszeniu pobudek i motywów moralnych na sam czyn, możemy twierdzić, że danie biednemu jałmużny jest czynem moralnym, o ile wypływa z pobudek altruistycznych, moralnie obojętnym, o ile to zostało uczynione w chęci uwolnienia się od natręta, niemoralnym, o ile datek jest dawanym dla „pokazania się".

Zabójstwo jest czynem moralnym, o ile zostało spełnione z pobudek altruistycznych uratowania szeregu ludzi, obojętnym moralnie, o ile zostało spełnione w wypadku samoobrony, niemoralnym, o ile było spowodowane chęcią zemsty osobistej.

Powyższe rozumowanie upoważnia nas do stwierdzenia, że niezależnie od tego, że w pewnych wypadkach oceny moralne i społeczne pokrywają się wzajemnie, to jednak pomiędzy niemi istnieją różnice, których nie unicestwia blizkość pomiędzy moralnym i społecznym człowiekiem.

Nawiązując do poprzedniego badania sądów o należnem, widzimy, że są zasadnicze dwie grupy ocen: oceny moralne i socjalne. Obok nich występują prawne, religijne, estetyczne, wreszcie oceny należące do dziedziny polityk poszczególnych gałęzi wiedzy (polityka ekonomiczna, karna, więzienna), względnie nauk praktycznych (hygiena, etyka praktyczna, normatywna w odróżnieniu od teoretycznej i t. p.).

Badanie nasze podąży wyłącznie w kierunku tych typów ocen, które są właściwe ogółowi i posiadają w sobie cechę wytworów par excellence praktycznego życia.

Fakt, że oceny te mogą być sprowadzone do pewnych grup rodzi domniemanie, że grupy rzeczone muszą opierać się na pewnych podstawach, których efektem jest ocena, a które właśnie prowadzą do zróżnicowania ocen wogóle.

Mówiąc o podstawach nie mamy na myśli pewnych norm - ogólno-porównawczych, a chodzi nam o fakty życia, których zaobserwowanie stanowiło punkty wyjścia dla ocen wogóle.

Jednym z tych faktów będzie egoizm ludzki, t. j., że postępowanie człowieka z natury rzeczy jest dośrodkowe w stosunku do jego „ja".

Jednakże fakt egoizmu nie może być punktem wyjścia dla ocen, leżących w jego płaszczyźnie—jeżeli wyobrazimy sobie, że wszyscy ludzie postępują egoistycznie, to otrzymamy niemożliwość ocen w tej dziedzinie.

Lecz niezależnie od teoretycznego ujmowania altruizmu stwierdzamy, że istnieje fakt altruizmu, t. j. postępowania człowieka w kierunku odśrodkowym od jego „ja".

Połączenie więc ze strony faktycznej tych dwuch momentów, gdzie altruizm wystąpi jako antyteza egoizmu, tworzy podstawę dla specyficznych ocen i na nich ugruntowanych odnośnych sądów o należnem.

Sąd, że człowiek powinien pomagać w biedzie bliźniemu, krewniakowi, bratu, mógł tylko wówczas powstać, o ile w świadomości człowieka zjawiła się obserwacja faktu, że ten lub ów tak postąpił, niezależnie od tego, czy tego rodzaju postępek był wypadkowym czy świadomym.

Fakt postępku, którybyśmy nazwali altruistycznym, zaobserwowany ze strony faktycznej stworzył możliwość oceny i sądów o należnem, mających go za podstawę.

Stanowiska naszego nie zmienia mniemanie, że w każdym postępku, nawet altruistycznym, mieści się egoizm, gdyż chodzi nam jedynie o zaobserwowanie faktu, że są czyny egoistyczne i inne, a leżące w tej samej płaszczyźnie, co odpowiada rzeczywistości.

Już samo twierdzenie, że w czynie altruistycznym tkwią czynniki egoistyczne, jest potwierdzeniem, że są czyny nie będące egoistycznemi w pewnem znaczeniu.

Badając dalej, możemy zaobserwować fakty, że człowiek znajdował się w ciągłej walce z naturą i swym gatunkiem (bellum omnium centra omnes), że podstawą jego postępowania był parazytyzm, t. j. oparcie egzystencji na szkodzie drugiego osobnika, że żył w nastroju wrogim (homo homini lupus) i t. p.

Analogicznie do rozumowania w przedmiocie egoizmu i altruizmu w związku z ocenami stwierdzamy, że oceny pewnego rodzaju, leżące w płaszczyźnie faktów parazytyzmu, stanu wojny mogły się zjawić wówczas, kiedy powstał solidaryzm, stan pokojowości i t. p.

Musimy jeszcze raz podkreślić, że, mówiąc n. p. o solidaryzmie, mamy na uwadze sam fakt solidaryzmu, a nie teorję solidaryzmu w tej zawiłej interpretacji, jaką mu dał szereg pisarzy francuskich. Nam nie chodzi w danym razie o stronę ideologiczną solidaryzmu, a stwierdzamy tylko, że istnieje fakt solidaryzmu, zaobserwowany już przez Arystotelesa w formie ujęcia człowieka jako zwierzęcia społecznego (appetitus societatis Hobbesa, towarzyskość Gumplowicza).

Solidaryzm więc ze strony faktycznej polega na tem, że poszczególne jednostki w stosunku do grup przynależnych (rodzina, ród, plemię, społeczeństwo, naród, państwo) wytwarzają pewną całość o jednakowej, szablonowej linji współzależnego postępowania, przytem im mniejszą jest owa grupa tem silniej rozwinięty posiada solidaryzm grupowy.

Napięcie solidaryzmu będzie się zmieniać w zależności od całego szeregu czynników ekonomicznych, politycznych, religijnych, ideologicznych,

w każdym bądź razie w przekroju pewnego historycznego momentu będzie to całość, która może być ujętą i zbadaną.

Pewne punkty solidaryzmu grupowego przecinają się pomiędzy sobą i wytwarzają szkielet ogólniejszego solidaryzmu.

Z tego względu w pewnych grupach solidaryzm wewnętrzny będzie odpowiadał parazytyzmowi zewnętrznemu, dopóki nie powstanie solidaryzm grup połączonych w jedną grupę wieksza, która znów w stosunku do dalszych, obszerniejszych grup będzie parazytywną i t. d., aż otrzymamy solidaryzm ludzkości, ogólny.

Szkielet solidaryzmu będzie punktem wyjścia dla najbardziej powszechnych sądów o należnem.

Powrócimy więc do dalszego poszukiwania podstaw ocen i sądów o należnem. Obok altruizmu, solidaryzmu spotykamy szeregi faktów, które skontrastowane dają źródło ocen: swoboda-niewola, równość-nierówność, obowiązkowość-nieobowiązkowość, sprawiedliwość niesprawiedliwość, kult Boga, kult szatana i t. d.

Różnice pomiędzy pewnemi grupami ocen, a co za tem idzie i typami sądów o należnem postępowaniu polegają na odmienności podstaw, punktów wyjścia dla samych ocen.

Analogicznie więc do tego, że poszczególne gałęzie wiedzy posiadają swe polityki, w życiu potocznem pewne fakty są podstawami dla poszczególnych typów ocen i sądów o należnem postępowaniu.

Fakt, że pewne typy ocen dają sądy o należnem odmienne, a dają również sądy identyczne w swej materjalnej treści — nie zmienia różnic w samych ocenach.

Całe więc szeregi faktów występują jako podstawy ocen i odnośnych sądów o należnem postępowaniu.

Zgrupowanie podstaw, dających pewne typy ocen, oprzemy nie na treści samych faktów, a na podstawie stosunku, jaki zawiera w sobie fakt postępowania.

Altruizm, obowiązkowość, sprawiedliwość — zawierają stosunek człowieka do istoty żyjącej względnie do samego siebie. Solidaryzm, równość— zawierają stosunek człowieka do grupy, względnie do człowieka jako grupowca. Religijność, pobożność — stosunek człowieka do bóstwa względnie do człowieka, jako tworu Boga.

Z powyższego otrzymamy następujące definicje ważniejszych typów ocen.

Oceny religijne będą mieć za podstawę fakty stosunku człowieka do Boga, względnie do człowieka, jako tworu Boga.

Oceny moralne fakty stosunku człowieka do istoty żyjącej względnie do samego siebie.

Oceny socjalne fakty stosunku człowieka do grupy, względnie do człowieka jako grupowca.

Te same typy będą mieć zastosowanie do sądów o należnem postępowaniu.

Jeżeli teraz spotkamy się z pewnemi czynami, pewnem postępowaniem, które nie będzie odpowiadać socjalnym, moralnym, religijnym i t. p. sądom o należnem, to powstanie konflikt, który otrzyma pewne miana życia potocznego, które jednak nie będą w całym szeregu wypadków prawidłowe teoretycznie.

Definicje prawidłowe w tym względzie muszą być oparte na sądach o należnem, o ile one są zbiorowe, kollektywne, t. j. stanowią objektywnie ważne mniemania.

Pojedyńczy, indywidualny sąd o należnem nie może być podstawą do definicji konfliktu, jak to ma miejsce w życiu potocznem i doprowadza do

całkowitej dowolności i do sceptycznych zwątpień w dziedzinie ocen, szczególnie moralnych, życia potocznego.

Drugim warunkiem prawidłowego rozróżnienia rodzajów konfliktów i wyprowadzania samych pojęć będzie ta okoliczność, że konflikty z pewnemi typami sądów o należnem opierających się na różnych podstawach, lecz należących do jednej i tej samej grupy ocen, nie powinny być identyfikowane.

Z tego wynika, że postępowania niezgodnego z sądem o należnem, opartem na podstawie sprawiedliwości, nie można nazwać tem samem mianem, jakie jest zastosowane do konfliktu z sądem o należnem, opartym na podstawie altruizmu, aczkolwiek mamy tu do czynienia z jedną i tą samą dziedziną ocen moralnych.

Identycznie postępowanie niezgodne z sądem o należnem, opartym na podstawie równości, nie można nazywać tem samem mianem jak niezgodne z sądem, opartym na solidaryzmie grupy, aczkolwiek i tu zachodzi wypadek jednej i tej samej dziedziny ocen.

Zwrócimy się teraz do zbadania, w jakiej dziedzinie konfliktów może mieć miejsce przestępstwo.

Jeżeli spotkamy się z czynami, postępowaniem niezgodnem z sądami o należnem, leżącemi w dziedzinie ocen religijnych, moralnych, estetycznych, to jasnem jest, że będziemy mięć do czynienia z pojęciami grzechu, bezbożności, niemoralności, zła, nieuczciwości, niesprawiedliwości, brzydoty i t. p. lecz nie będzie tu miejsca na pojęcie przestępstwa, jako konfliktu sui generis.

Pozostaje więc nam do zbadania dziedzina sądów o należnem, opartych na ocenach socjalnych, to jest na stosunku człowieka do tej lub innej grupy, względnie do człowieka jako grupowca.

Spojrzymy na same podstawy sądów o należnem z dziedziny ocen socjalnych. Jedne z nich będą faktami, warunkującemi postęp w tem lub innem ujęciu, drugie będą warunkami egzystencji samej grupy.

Do pierwszej kategorji będzie należeć demokratyzm, równość, socjalizacja i t. p., do drugiej zaś solidaryzm.

Konsekwentnie do tej różnicy same konflikty związane z niemi będą posiadać jakościową odmienność (postępek niedemokratyczny, konserwatywny, wsteczny, klasowo-burżuazyjny) i pojęcie przestępstwa może być zarezerwowane wyłącznie dla wypadków konfliktu z sądami o należnem, opartemi na podstawie solidaryzmu.

Posuwając badanie w tym kierunku, należy zwrócić uwagę na fakt, że solidaryzm występuje w różnych formach.

Formy te są zależne od charakteru samej grupy.

Grupy wogóle są albo luźne, przypadkowe, przechodnie albo też stałe, powiązane organizacją lub pewną więzią.

Przykładem grupy luźnej, przechodniej będzie tłum, t. j. zbiorowisko wielu ludzi, posiadające w danem miejscu i czasie wspólne, jednakowe przeżycia psychiczne.

Ową cechę jednolitości tłumu podkreślają G. le Bon, Sighele, Tarde, objaśniając ją działaniem naśladownictwa, suggestją, zarazą moralną (centagen morale).

Zgodnie z tem tłum w czasie swego trwania wytwarza pewne sądy o należnem, oparte na solidaryzmie tej chwilowej organizacji, i, jeśli ktoś z tłumu zachowa się odmiennie, to nastąpi pewien konflikt. Jeżeli weźmiemy teraz drobne stosunkowo grupy, jak rodzina współczesna (nie mówiąc już o dawnych agnatycznych rodzinach), to i tu odnajdziemy solidaryzm i na nim oparte sądy o należnem postępowaniu, skierowane do członków rodziny.

Większe grupy jako to: ród, plemię, społeczeństwo, naród, ludzkość, lub też stan, klasa, związek i t. p. będą posiadać całe systemy sądów o należnem, opartem na solidaryzmie danej grupy.

Jeżeli teraz oddalimy się od szablonów ujmowania przestępstwa w płaszczyźnie państwowości i łączenia go z karą, co nie jest istotne dla pojęcia przestępstwa, to otrzymamy następującą definicję.

„Każdy czyn świadomy niezgodny ze zbiorowym sądem o należnem postępowaniu, opartym na podstawie solidaryzmu danej grupy — będzie dla tejże przestępstwem.

Przestępstwo będzie więc zjawiskiem społeczno-grupowem i z tego względu może być ujmowane wyłącznie ze stanowiska danej grupy".

Jasną jest rzeczą, że pewne sądy o należnem, opartem na solidaryzmie grupy, będą wspólne dla pewnych grup, wchodzących w większą zbiorowość, jednakże fakt ten nie zmienia postaci rzeczy.

Jeżeli w grupie-rodzinie powstanie sąd o należnem, że ojciec winien jest utrzymywać w pewnych warunkach swoje dziecko, dany zaś ojciec nie stosuje się do wymienionego sądu, to otrzymamy przestępstwo grupowo-rodzinne, jako konflikt z sądem o należnem, opartym na solidaryzmie tej samej nazwy.

Jeżeli dalej w grupie-partji powstanie sąd o należnem, że członek jej winien występować nazewnątrz według programu partji, dany zaś członek partji wyłamał się z tego wskazania, to otrzymamy przestępstwo grupowo-partyjne, jako konflikt z sądem o należnem, opartym na solidaryzmie grupowo-partyjnym.

Rozumując w ten sposób, stwierdzamy, że tyle jest rodzajów przestępstw, ile jest solidaryzmów grupowych, występujących jako podstawy sądów o należnem postępowaniu.

Im więcej zaś dany sąd o należnem jest powszechny w tem znaczeniu, że jest oparty na punkcie przecinania się solidaryzmów grupowych, tem dobitniej występuje objektywizacja społeczna danego sądu.

Objektywizacją zaś będą nakazy, normy, przepisy w tej lub innej formie powstałe, jako zjawisko wtórne w stosunku do samych sądów. Z tego względu niezobjektywizowanie się danego sądu o należnem postępowaniu nie jest czynnikiem, któryby zmienił istotę konfliktu, zobjektywizowanie zaś jest czynnikiem raczej formalnym.

Otrzymamy tedy przestępstwa rodzinne, klasowe, plemienne, stowarzyszeniowe, partyjne, klasowe, narodowe, międzynarodowe, społeczne, państwowe, międzypaństwowe i t. d.

To co zwykle bywa traktowane jako przestępstwo, jest brane w ramach grupy państwowej i z tego względu przestępstwa „polityczne", obok przestępstw zwykłych, stanowią dla badaczy specyficzną grupę, której odrębność nie mogła być pominiętą nawet przez dogmatyków.

Zwrócenie uwagi w tym kierunku jest zrozumiałe z tego względu, że państwo stanowi ten rodzaj grup, który objektywizuje sądy o należnem postępowaniu w formie norm prawnych, skupiając jednocześnie poszczególne momenty ocen grup, wchodzących w jego skład.

W tym procesie przestępstwo zostaje urobione dla pewnych celów i czerpie nietylko ze źródła zbiorowych sądów o należnem, opartych na solidaryzmie, lecz staje się narzędziem władzy—będą tu przestępstwa kodeksowe, nie mające nic wspólnego z przestępstwami w znaczeniu ścisłem. Ta monopolizacja ze strony państwa konstruowania przestępstw najwydatniej się ujawnia w tych wypadkach, kiedy następuje konflikt pomiędzy traktowaniem danego czynu przez państwowe ustawodawstwo jako przestępnego, a jednocześnie dany czyn nie jest niezgodny z odnośnym sądem o należnem, opartym na solidaryzmie danej grupy narodu, społeczeństwa, klasy.

Tego rodzaju konflikty są tem jaskrawsze im większa liczba grup o solidaryzmie własnym jest objęta przez państwo.

Z drugiej strony przy konstrukcji przestępstw grupowo-państwowych, nie może być mowy ze stanowiska tychże konstrukcji o przestępstwach, prawodawców-władców, naczelników plemion, imperatorów i t. d.

Ten punkt był w pewnych wypadkach omijany u plemion pierwotnych, gdzie wola naczelnika, wodza, króla (prawodawców) jest wyodrębnianą, a nawet przeciwstawianą prawem, obyczajem przez co nie zachodzi, potrzeba stwarzania fikcji, że „król nie może czynić zła".

Ellis twierdzi, że na Madagaskarze słowo króla tam tylko wystarcza, gdzie niema prawa, zwyczaju, przykładu.

Marsden podkreśla, że na Sumatrze nie wolno wodzom zmieniać starodawnych zwyczajów, według zaś Reecham'a, u Aszantów usiłowanie zmiany niektórych zwyczajów powodowało złożenie króla z tronu.

Ideologja ostatniej wojny, dążąca do państw narodowych, leży w płaszczyźnie przenikania się wzajemnego solidaryzmu narodowego i państwowego, aczkolwiek różnice wskazane będą istnieć i nadal.

Linja grupowych solidaryzmów wybiega poza państwo w miarę tego jak organizuje się grupa—ludzkość.

Sądy o należnem postępowaniu, oparte na solidaryzmie ludzkości ogarniają w dobie obecnej bardzo wąskie dziedziny i odgrywają małą rolę, aczkolwiek można przypuszczać, że po powszechnej pacyfikacji politycznej i ekonomicznej nastąpią fakty solidaryzmu ludzkości, które dadzą możność rozwoju sądów o należnem, opartych na solidaryzmie ludzkości, przez co zmieni się dotychczasowy formalizm przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu.

Definicja przestępstwa, podana przez nas, będzie osiągać teoretyczne korzyści przy samych badaniach przestępstw wogóle, a w szczególności u ludów pierwotnych.

Dotychczas jedni etnologowie twierdzą, że dany czyn jest przestępstwem, inni zaś, że nie jest przestępstwem, posługując się przy tem argumentami, które same w sobie zawierają błędy metedologiczne.

Przestępstwa realnie nie istnieją, a tylko pewne czyny, pewien ich materjalny skład, jest traktowany jako przestępstwo.

Pytanie więc należy postawić w ten sposób, jakie czyny dane plemię traktowało jako przestępstwa.

Etnologowie operują zaś szematami, że te czyny są przestępstwami, na które plemię reaguje w pewien specyficzny sposób, t. j. te czyny, które pociągały za sobą karę publiczną.

Z tego stanowiska, które wymaga ustalenia różnic pomiędzy krwawą zemstą, reakcją moralną, karą wogóle, a karą publiczną w szczególności, a następnie powiązanie ich z danym konkretnym wypadkiem, od czego nzależnia się stwierdzenie przestępstwa, wytwarza się to, że Steinmetz podaje nam, co następuje: „jeżeli podczas nieurodzaju indjanin pocznie żywić się ludzkim mięsem, to członkowie rodu zaczynają go bić po głowie swemi kijami"; „groza kanibalizmu obudza tu takie publiczne oburzenie, że cała grupa bezplanowo rzuca się na winnego i zabija go", tymczasem Oppenheimer twierdzi, że nie mamy tu do czynienia z przestępstwem, gdyż dana reakcja nie jest karą publiczną, a rozprawą tłumu.

Tenże badacz twierdzi, że z kategorji przestępstw należy wykluczyć te postępki, które za takie są uznawane przez jedną lub parę tryb prymitywnych.

Tego rodzaju postawienie kwestji jest teoretycznie fałszywe i doprowadza do tego, że Oppenheimer dla wykazania, czy dany postępek jest przestępstwem, używa tego rodzaju argumentów:

to, że czytamy u Westermarka, jakoby wśród plemienia mpongwe zabójca bywa skazywany na śmierć przez całą grupę. lub też u Steinmetza, jakoby wśród plemienia dakota za niektóre ciężkie formy zabójstwa jest ferowana decyzją całej rady kara śmierci, to na takiego rodzaju wiadomości lepiej nie zwracać uwagi, gdyż, jeślibyśmy poczęli budować uogólnienia z tych oddzielnych przykładów, to poszlibyśmy zupełnie fałszywą drogą, ponieważ jest powszechnie wiadomem, że ludzkość na całym globie ziemskim, począwszy od kolebki, w ciągu długich okresów historji, nie znała innego rodzaju reakcji przeciwko zabójstwu jak krwawą prywatną zemstę.

Pod kątem widzenia Westermarka, Steinmetza i Oppenheimera niemożliwem jest stwierdzenie prawidłowe teoretycznie, czy w przytoczonych wypadkach mamy do czynienia z czynami uważanemi przez owe plemiona za przestępstwo, czy też nie.

Stwierdzenie, czy dany postępek był uważany za przestępstwo, może być rozstrzygnięte na tej drodze, czy dany czyn daje możność skonstruowania adekwatnego sądu o należnem postępowaniu, opartego na podstawie solidaryzmu danej grupy.

Niemożność takiego skonstruowania będzie dowodem, że nie mamy do czynienia w danym wypadku z przestępstwem, a z grzechem, czynem niemoralnym, złym i t. p.

Definicja nasza wyjaśnia sam proces powstawania i wygasania przestępstw. Materjalny skład danego czynu egzystuje nadal, jest również pomieszczony w kodeksie karnym, jednakże sam czyn przestaje być przestępstwem, gdyż adekwatny sąd o należnem postępowaniu, oparty na solidaryzmie grupowym, z tych czy innych względów przestał być zbiorowym. Odwrotnie indywidualne sądy o należnem tego samego rodzaju nie weszły jeszcze w stan zbiorowości, nie zostały jeszcze przetrawione przez grupę, i stąd dany czyn nie może być traktowany jako przestępstwo, aczkolwiek jego materjalny skład istnieje.

Z ORZECZNICTWA IZBY II SĄDU NAJWYŻSZEGO.

Zebrał i podał Dr. A. Bądkowski.

Sprawa Warmana (739/21) z d. 8 kwietnia 1921 r.

W trybie nadzoru (ust. b art. 3 Dekretu 199) Sąd Najwyższy dostrzeżone uchybienia Sądów sobie podwładnych usuwa tylko wtedy, gdy w ramach przepisów postępowania sądowego stronom nie służy odwołanie się do instancji.

Obrońca Chaima - Szlamy Warmana, oskarżonego z art. 8 Ustawy z d. 30 stycznia 1920 r., złożył do Sądu Najwyższego podanie, w którem, załączając odpis założonej w trybie art. 527 U. P. K. skargi swej do Sądu Apelacyjnego w Warszawie na decyzję Sądu Okręgowego w Sosnowcu z d. 18 grudnia 1920 r. o zarządzeniu rozprawy głównej w sprawie Warmana co do dwu wytoczonych przeciwko niemu oskarżeń, tudzież odpisy dwu decyzji sądu Apelacyjnego z 4 i 5 lutego 1921 r., oddalających rzeczoną skargę, — uprasza Sąd Najwyższy o uchylenie obu tych decyzji, z mocy ustępu b art. 3 Dekretu 199 z 8 lutego 1919 r. o ustroju Sądu Najwyższego

S ą d N a j w y ż s z y o r z e k ł:

Zwrócenie się stron do Sądu Najwyższego z żądaniem uchylenia decyzji sądowych w trybie nadzoru (na mocy ust. b art. 3 Dekretu 199 z 8 lutego 1919 r.) jest środkiem wyjątkowym, zgoła obcym ustawie postępowania sądowego i stanowiącym nie instancyjne odwołanie się stron ze skargą, opartą na jej uprawnieniach procesowych, lecz tylko podanie przez nią Sądowi Najwyższemu wiadomości o zaszłem w działaniach sądowych pogwałceniu ustawy. A lubo takie pozaprocesowe wystąpienie stron z podaniem czy skargą w trybie nadzoru, zamierza zazwyczaj do obalenia zakwestjonowanej decyzji sądowej, i lubo strona zazwyczaj wyraża swoje żądanie w tym względzie, to przecież do rozważenia potrzeby uchylenia tych czy innych decyzji sądowych, tytułem usunięcia dostrzeżonych w nich pogwałceń ustawy, Sąd Najwyższy przystępuje nie z racji skargi stron i nie na podstawie ich wniosku w tej mierze, lecz wedle własnego uznania, w imię swojego nadzoru nad sądem sobie podwładnym i wypływającego stąd swojego obowiązku usuwania dostrzeżonych w ich działaniu usterek (ust. b art. 3 Dekretu z d. 8 lutego 1919 r o ustroju Sądu Najwyższego).

Przepisy postępowania sądowego wszystkim osobom, biorącym udział w sprawie zapewniają możność obrony swoich praw na drodze stosownych wniosków, próśb, skarg i zażaleń, gdzie więc ta właściwa droga procesowa stoi otworem przed stronami, to jest, g d z i e s t r o n y w r a m a c h p r z e p i s ó w p o s t ę p o w a n i a s ą d o w e g o m o g ą p r a w s w o i c h b r o n i ć i z w a l c z a ć g w a ł c ą c e ich p r a w o d z i a ł a n i a s ą d o w e, tam n i e m a w c a l e p o t r z e b y, by s ą d z o w y c h n o r m a l n y c h t o r ó w p o s t ę p o w a n i a s ą d o w e g o z b a c z a ł na w y j ą t k o w ą d r o g ę n a d z o r u i tą drogą, poza przepisanemi ramami skarg instancyjnych, wkraczał w sferę niezaskarżalnych lub niezaskarżonych — słowem, tak czy inaczej, nietykalnych postanowień sądowych, celem naprawienia lub usunięcia dostrzeżonych w nich usterek.

W sprawie niniejszej odbyć się ma rozprawa główna, na tej więc rozprawie obrońca Warmana może podnieść i popierać w trybie zwyczajnym (art. 744—745 U. P. K.) wyłuszczony w ustępie 3 jego podania do Sądu Najwyższego zarzut rzekomej wadliwości kwalifikacji prawnej przypisanego

Warmanowi czynu, wobec czego treść tego zarzutu, jako nadająca się do poruszania i rozważania w zwykłym toku procesu, tem samem nie wymaga nadzorczej korrektywy Sądu Najwyższego i przeto odnośna część podania obrońcy Warmana nie ulega obecnie rozpoznaniu Sądu Najwyższego na drodze nadzoru.

Natomiast słuszny jest wytoczony w ustępie I podania obrońcy Warmana zarzut błędnej wykładni przez Sąd Apelacyjny art. 205 U. P. K., albowiem, jak widać ze skargi obrońcy Warmana do Sądu Apelacyjnego, oraz z decyzji tegoż Sądu z d. 25 lutego 1921 r., w niniejszej sprawie chodzi nie o połączenie dwu oskarżeń, należących do właściwości: jedno niższego, a drugie wyższego sądu, lecz o połączenie oskarżeń (z art. 149 K. K. i 8 Ustawy z 30 stycznia 1920 r.), należących do właściwości jednego sądu, ale w tym sądzie podlegających rozpoznaniu w zasadniczo różnym trybie postępowanie, takiego zaś połączenia zgoła nie dotyczy art. 205 U. P. K., który tem samem nie mógł być uzasadnieniem połączenia dwu oskarżeń w niniejszej sprawie i przez którego zastosowanie w tym względzie Sąd Apelacyjny dopuścił się istotnej obrazy prawa.

Wedle wyraźnego brzmienia art. 14 Ustawy z d. 30 stycznia 1920 r., szczególny skład kompletu sądzącego, w artykule tym przepisany, jak również zastrzeżenie co do prawomocności wyroku, w razie jednomyślnego uznania winy przez sąd I-ej instancji, pozbawiające oskarżonego prawa skargi, i tym sposobem dotkliwie uszczuplające jego prawa obrony, stosują się jedynie do przestępstw, w ustawie tej przewidzianych, do rzędu zaś tych prześtępstw występek z art. 149 K. K. nie należy, i z tego powodu do oskarżenia o ten występek przepisy ustawy 30 stycznia 1920 r. nie mogą mieć zastosowania.

Połączenie oskarżeń z art. 8 Ustawy z 30 stycznia 1930 r. z oskarżeniem z art. 149 K. K. i przeznaczenie obu tych oskarżeń do łącznego rozpoznania przez sąd szczególny, ustanowiony mocą ustawy styczniowej 1920 r., niewątpliwie co do drugiego z tych czynów pogwałciło zasady właściwości sądu z ujmą dla interesów oskarżonego, który w owym szczególnym sądzie ma ograniczoną możność obrony swoich praw i jest zupełnie pozbawiony prawa apelacji i kasacji.

Powyższa niezgodna z prawem, decyzja Sądu Apelacyjnego, jako obowiązująca Sąd Okręgowy (art. 902 U. P. K.), którego wyrok może się stać niezaskarżalnym, przesądza dalszy bieg sprawy i przez to może spowodować pokrzywdzenie interesów oskarżonego, nie dające się następnie poprawić żadnemi środkami procesowemi i wobec tego ulec powinna uchyleniu.

Sprawa Szpigelmana K 2094/20 z dnia 19 kwietnia 1921 r.

Przepisy karne Ustawy z r. 1844 o materjalistach straciły moc obowiązującą od chwili wprowadzenia w r. 1876 na obszarze b. Królestwa Kongresowego ustawy kar wymierzanych przez Sędziów Pokoju, których postanowienia karne w tym przedmiocie zastąpiły obecnie art. 197—199 K. K.

Dnia 4 lutego r. 1920, przy zarządzonej w mieszkaniu Hermana Szpigelmana w Warszawie, rewizji wykryto znaczną ilość salolu, chininy oraz innych środków leczniczych, a między innemi veronal i digalen, t. j. preparaty silnie działające Szpigelman oświadczył, że wspomniane środki lekarskie trzyma u siebie, jako przedstawiciel zagranicznych firm chemiczno-farmaceutycznych, z których ramienia towary te dostarcza składom aptecznym i aptekom. Okręgowy Urząd Zdrowia skierował protokuł rewizji do Prokuratora Sądu Okręgowego, celem pociągnięcia Szpigelmana do odpo-

wiedzialności z dekretu z dnia 5 grudnia r. 1918 za gromadzenie artykułów koniecznej potrzeby. Prokurator zaś przekazał sprawę Sądowi Pokoju, upatrując ze strony Szpigelmana wykroczenie z art. 197 K. K. W Sądzie Pokoju Spigelman okazał świadectwa przemysłowe z lat 1919 i 1920, uprawniające go do pośrednictwa w handlu aptecznym i perfumeryjnym, oraz oświadczył, że w urzędzie Zdrowia nie był zarejestrowany jako drogista, i że o potrzebie posiadania szczególnego świadectwa, pozwalającego na handel veronalem i innemi środkami silnie działającemi, nie wiedział. Sąd Pokoju, wyrokiem z dnia 24 września r. 1920, uznając, że oskarżony, bez należytego na to pozwolenia, handlował środkami silnie działającemi, skazał go z art. 197 K. K. na 600 marek grzywny, a zarazem zarządził konfiskatę znalezionego u oskarżonego veronalu i digalenu, resztę zaś zatrzymanych towarów postanowił zwrócić oskarżonemu. Od wyroku tego Okręgowy Urząd Zdrowia odwołał się do Sądu Okręgowego, dowodząc, że okrom veronalu i digalonu, należało, w myśl art. 36 K. K., skonfiskować też i wszystkie inne znalezione u Szpigelmana towary farmaceutyczne, a to na mocy art. 30 i 58 Ustawy o materjalistach z r. 1884. Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrokiem z d. 29 października r. 1920, zmienił wyrok I instancji o tyle, że nakazał konfiskatę wszystkich znalezionych u Szpigelmana medykamentów, dla postąpienia z niemi w myśl art. 58 Ustawy dla materjalistów z r. 1844. W skardze kasacyjnej oskarżony Szpigelman wnosi o uchylenie wyroku Sądu Okręgowego.

Sąd Najwyższy orzekł między innemi:

Aczkolwiek ustawy z dnia 31 października r. 1844 dla farmaceutów i aptek, dla materjalistów i drogistów, i dla kupców towarów farbiarskich nie były ogłoszone w Dzienniku Praw, lecz okoliczność ta nie może powodować uznania tych ustaw za nieobowiązujące, gdyż w Dzienniku Ustaw ogłoszono postanowienie Rady Administracyjnej b. Królestwa Polskiego, zatwierdzające rzeczone ustawy i nakazujące wprowadzenie ich w życie, same zaś ustawy w wydaniu urzędowem przesłano urzędom lekarskim, lekarzom, aptekarzom i innym osobom zainteresowanym, z poleceniem wprowadzenia ich w życie. Następne akty ustawodawcze wielokrotnie się powoływały na wzmiankowane Ustawy (Ukaz 11 marca r. 1861, Dz. Pr. t. 57, postan. Rady Administracyjnej 19 września r. 1862, ibidem t. 62, ustawa 31 grudnia r. 1866, ibidem t. 66, św. Zakon. t. III, wyd. r. 1905), a i judykatura b. rosyjskiego Senatu Rządzącego uważała je zawsze za obowiązujące.

Aczkolwiek tedy rzeczone ustawy miały znaczenie obowiązujących przepisów administracyjnych i znaczenia tego nie straciły, to inna rzecz z zawartemi w nich przepisami karnemi. Ustawy z dnia 21 października r. 1844 zbudowane były na zasadzie monopolu apteczno-farmaceutycznego i odpowiednie też przepisywały sankcje karne. Jednakże już w r. 1876 wprowadzono na obszarze b. Królestwa Polskiego Ustawę kar, wymierzanych przez sędziów pokoju, zawierającą w tym samym przedmiocie odmienne i na zgoła innej zasadzie oparte, przepisy karzące. Od tej chwili przepisy karzące ustaw r. 1844 straciły znaczenie. Ustawa o karach obowiązywała w b. Królestwie do r. 1917, kiedy ustąpiła miejsca Kodeksowi Karnemu z 22 marca r. 1903.

Art. 197 K. K. zabrania wyrobu lub przechowywania poza aptekami i zakładami, specjalnie w tym celu przeznaczonemi, środków farmaceutycznych skombinowanych i lekarstw, których przygotowanie jedynie w aptekach lub zakładach specjalnych jest dozwolone. Art. 198 K. K. zabrania przechowywania w handlu materjałów aptecznych, pokrajanych, porąbanych, sproszkowanych lub zmieszanych, o ile w takim stanie nie wychodzą z fabryk. Art. 199 K. K. nakazuje konfiskatę towarów, wyrabianych lub prze-

chowywanych wbrew przepisom art. 197 i 198 K. K. Przepisy powyższe mają na celu, nie ochronę monopolu aptek i drogerji, lecz zabezpieczenie zdrowia i interesów ludności. W myśl zasady: „nulla poena sine lege" rozciąganie środków karzących poza wyraźną granicę, w przytoczonych artykułach kodeksu zakreśloną, stanowi obrazę art. 1 K. K.

W danej sprawie Sąd Pokoju ustalił, że z liczby środków znalezionych u oskarżonego, jedynie veronal i digalen stanowią preparaty skombinowane, których przechowywanie poza aptekami i zakładami specjalnemi nie jest dozwolone, konfiskata więc tych towarów była zgodna z art. 197 i 109 K. K. Sąd Okręgowy, nakazując nadto konfiskatę innych towarów farmaceutycznych, znalezionych u oskarżonego, bynajmniej nie ustalił takiego ich charakteru, powoławszy się jedynie na przepisy ustawy r. 1844, a więc niezgodnie z art. 199 K. K.

Nie usprawiedliwiają odnośnej części wyroku Sądu Okręgowego również i ogólne przepisy o konfiskacie sądowo-karnej, podane w art. 36 K. K., albowiem co do owych innych towarów farmaceutycznych, znalezionych u oskarżonego, nie ustalono ani tego, iżby ustawa wzbraniała ich przechowywania, ani tego, iżby były przeznaczone lub służyły do popełnienia przestępstw, ani wreszcie tego, iżby to były przedmioty specjalnie wymienione w ustawie.

Wobec powyższego, nakazana przez Sąd Okręgowy dodatkowa konfiskata towarów farmaceutycznych, nieobjętych konfiskatą, postanowioną wyrokiem I instancji, okazuje się nieuzasadniona, i wyrok Sądu Okręgowego w tej części ulega uchyleniu.

Sprawa Cichoradzkiej K 404 21 z dn. 22 marca 1921 r.

> Niepowzięcie przez Sąd w sprawach, podpadających pod przepisy karne Ustawy o zwalczaniu lichwy wojennej, specjalnej decyzji przygotowawczej o nadaniu sprawie biegu trybem Ustawą tą przepisanym, nie skutkuje uchylenia wyroku.

Skarga kasacyjna Cichoradzkiej przeciwko wyrokowi Sądu Okręgowego, który Cichoradzką, z cz. 1 art. 26 Ustawy z dn. 2 lipca 1920 r. za potajemne pędzenie wódki z zacieru zbożowego na własnym urządzeniu gorzelnianem, skazał na 6 miesięcy więzienia i 10 000 marek grzywny, zarzuca obrazę art. 1, 517, 377—385 i 581 U. P. K. oraz art. 52 i cz. 2 art. 54 Ustawy z dn. 2 lipca 1920 r. — przez zastosowanie do niej specjalnego, w ustawie z dn. 2 lipca 1920 r. przewidzianego, trybu postępowania, bez uprzedzenia jej o tem, w myśl art. 52 tejże ustawy.

Sąd Najwyższy orzekł:

Z mocy art. 54 Ustawy z dn. 2 lipca 1920 r., przepisy karzące tej ustawy stosować należy i do przewidzianych w niej czynów przestępnych, popełnionych przed jej wejściem w życie, o ile nowa ustawa nie jest surowszą od ustawy poprzedniej, przyczem ma zastosowanie szczególny tryb postępowania w ustawie lipcowej przepisany, o ile tylko przed wejściem w życie tej Ustawy, nie zapadł był jeszcze wyrok pierwszej instancji.

W sprawie niniejszej Sąd Okręgowy ustalił, że czyn, przypisany oskarżonej nosi znamiona zarówno przestępstwa z art. 2 Dekretu 130 z dn. 30 stycznia 1919 r., jak i przestępstwa z cz. 1 art. 26 Ustawy 449 z dn. 2 lipca 1920 r., a wobec tego, Sąd, z mocy cz. 2 ust. 2 art. 54 tejże ustawy, był obowiązany zastosować do oskarżonej przepisy prawa formalnego, w tej ustawie przewidziane.

Aczkolwiek, nadając bieg sprawie w trybie szczególnym, przepisanym przez ustawę lipcową 1920 r. i przeznaczając ją do osądzenia w komplecie złożonym z trzech sędziów państwowych, Sąd Okręgowy, który tym sposobem implicite uchylił poprzednią swą decyzję przygotowawczą z dn. 21 czerwca 1920 r. o nadaniu sprawie biegu w trybie zwyczajnym, powinien był, w myśl art. 527 i 547 U. P. K., wydać nową decyzję przygotowawczą o zmianie trybu postępowania i o decyzji tej zgodnie z ust. 5 art. 52 Ustawy z 2 lipca 1920 r. zawiadomić oskarżoną, to jednak brak takiej decyzji w niczem nie obraził praw oskarżonej, wspomniane bowiem zastosowanie nowych przepisów szczególnego trybu postępowania wypływało ze stanowczego w tej mierze nakazu ustawy (art. 54 ustawy z dn. 2 lipca 1920 r.), wobec czego odnośna decyzja sądowa miałaby jedynie charakter czysto porządkowy i przeto ani brak takiej decyzji, ani też niezawiadomienie oskarżonej o zmianie trybu postępowania w jej sprawie, nie stanowią dla oskarżonej tytułu do zarzutu nieważności wyroku, skoro rzeczona decyzja wynikała z kategorycznego nakazu ustawy, a nikt nie może podnosić zarzutu obrazy swoich praw, wynikającej z nieznajomości przez siebie ustawy.

Również bezzasadny jest zarzut niesłusznego, jakoby, skutkiem osądzenia niniejszej sprawy w trybie szczególnym, pozbawienia oskarżonej prawa apelacji; prawo bowiem oskarżonego do założenia skargi apelacyjnej powstaje dopiero z chwilą wydania przez sąd wyroku, podlegającego zaskarżeniu w drodze apelacji (art. 853 U. P. K.).

Tym sposobem zarzuty skargi kasacyjnej są nieuzasadnione i skarga ta nie zasługuje na uwzględnienie.

Sprawa Kwiatka i Rosencwajga 705/21 z dn. 2 maja 1921 r.

Wyrok Sądu Okręgowego, wydany w trybie art. 14 Ustawy z dn. 30 stycznia 1920 r. (Dz. Ust. R. P. № 11 poz. 50) co do oskarżonego, którego winę orzeczono jednogłośnie uprawomocnia się odrazu z chwilą ogłoszenia, bez względu, czy o winie innych oskarżonych w tejże sprawie Sąd zawyrokował również jednogłośnie.

Sąd Apelacyjny w Lublinie umorzył postępowanie drugiej instancji i pozostawił bez rozpoznania skargę apelacyjną Piotra Kwiatka i Lejbusia Rosencwajga na wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dn. 29 — 30 października 1920 r., który Kwiatka i Rosencwajga uznał winnymi przestępstw, przewidzianych w art. 2 i 8 Ustawy z dn. 30 stycznia 1920 r. (poz. 60), i skazał każdego z nich na 5 lat ciężkiego więzienia z pozbawieniem praw. W skargach kasacyjnych Kwiatek i Rosencwajg zarzucają Sądowi Apelacyjnemu obrazę art. 14 Ustawy styczniowej 1920 r. przez zastosowanie rzeczonego przepisu nie do całego wyroku Sądu I instancji (na wzór praktyki rosyjskiej w przedmiocie stosowania art. 124 U. P. K.), lecz do każdego z oskarżonych z osobna.

Sąd Najwyższy orzekł:

Jak widać z akt sprawy, Sąd Okręgowy, odpowiadając na pytania o winie oskarżonych: Piotra Kwiatka, Izraela Kenigmana i Lejbusia Rosencwajga, winę Kwiatka i Rosencwajga uznał jednogłośnie, a niewinność Kenigmana — większością głosów.

Z wyraźnego brzmienia art. 14-go ustawy styczniowej wynika, iż jeśli winę w pierwszej instancji orzeczono jednogłośnie, wyrok uprawomacnia

się z chwilą ogłoszenia, a więc bez względu, czy jednogłośnie, czy niejednogłośnie orzeczono przytem winę lub niewinność innych oskarżonych.

Taka wykładnia art. 14-go ustawy styczniowej wypływa i z motywów prawodawczych (Dz. Urzęd. Min. Spraw. № 3 z 1920 r., dział nieurzędowy № 199), w myśl których, rzeczony artykuł ma na celu ustanowienie „pewnego rodzaju doraźnego postępowania" w interesie szybkiego i sprawnego wymiaru sprawiedliwości.

Wobec powyższego należy uznać, iż wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach względem Kwiatka i Rosencwajga uprawomocnił się w dniu ogłoszenia sentencji, a więc zaskarżeniu w drodze apelacji nie ulegał.

Sprawa Tyburskiego i innych 753/21 z dn. 19 kwietnia 1921 r.

Do czynników istotnych przestępstwa handlu łańcuchowego (cz. 4 art. 24 Ustawy o zwalczaniu lichwy wojennej) należy ze strony przedmiotowej zbędność danej tranzakcji dla normalnego obrotu handlowego, ze strony podmiotowej—dążenie sprawcy do osiągnięcia zysku spekulacyjnego.

Sąd Okręgowy w Płocku, wyrokiem z d. 2 marca r. 1921, uznał Jana Tyburskiego, Konstantego Witkowskiego i Marjana Kowalskiego winnymi: dwu pierwszych że, będąc gospodarzami i trudniąc się handlem, w listopadzie r. 1920 w gminie Starożreby, pow. Płockiego, kupili 2 świnie, które odprzedali handlarzowi Marjanowi Kowalskiemu, a trzeciego (Kowalskiego) — że świnie te od tamtych kupił, i skazał każdego z nich z art. 24 cz. 4 Ustawy z d. 2 lipca 1920 r. na rok ciężkiego więzienia oraz na grzywny: Tyburskiego — w sumie 30.000 marek, Witkowskiego — 40.000 marek, a Kowalskiego—10.000 marek. W motywach wyroku Sąd wyjaśnił, że w powyższej tranzakcji kupna-sprzedaży upatruje wypadek handlu łańcuchowego przedmiotami powszedniej potrzeby, z racji, że wszyscy oskarżeni byli handlarzami bydła i trzody, i że skoro dwaj z nich (Tyburski i Witkowski), nabywszy dwie sztuki nierogacizny, odstąpili je trzeciemu handlarzowi (Kowalskiemu), przeto owe zwierzęta, zamiast przejść z rąk wytwórcy do spożywcy, co jest właściwem handlu zadaniem, stały się przedmiotem zbędnego przerzucania towaru z rąk do rąk, zagradzającego dostęp doń spożywcy i wpływającego na podrożenie ceny. Skarga kasacyjna obrońcy oskarżonego zarzuca powyższemu wyrokowi: a) obrazę art. 766 U. P. K.—przez nierozważenie zeznania świadka Kotulskiego i b) obrazę ustępu 4 art. 24 Ustawy z d. 2 lipca r. 1920 o zwalczaniu lichwy wojennej—przez skazanie oskarżonych z tego przepisu prawa, pomimo nieustalenia cech przewidzianego w tym przepisie przestępstwa.

Sąd Najwyższy orzekł:

1. Sąd Okręgowy, wbrew twierdzeniu skargi kasacyjnej, szczegółowo rozważył zeznanie świadka Kotulskiego; ocena zaś poszczególnych w sprawie dowodów i wysnucie z nich wniosków o winie lub niewinności oskarżonego, stanowiąc wyraz wewnętrznego przekonania sędziów, sprawdzeniu w drodze kasacji, a tem samem i rozpoznaniu Sądu Najwyższego nie ulega (art. 912 U. P. K. i art. 5 Przep. Przech. do U. P. K.).

2. Art. 24 ustawy z d. 2 lipca r 1920 wymienia szereg postaci lichwy wojennej i w ustępie 4, jako jedną z nich, obok „nieuczciwych machinacji" podaje handel łańcuchowy (paskowy). Handel ten jest jednym z przejawów anormalnych stosunków powojennych, rodzących między innemi dotkliwy niedostatek artykułów powszedniego użytku, z powodu zmniejszonego ich

wytwórstwa przy równoczesnem wzmożeniu się popytu, co, w parze nadomiar ze zniżką waluty, wpływa na tendencję zwyżkową ceny towarów. Okoliczności te otwierają szerokie pole do spekulacyjnego wyzysku i licznych spekulantów z pośród osób, częstokroć wcale poprzednio nie trudniących daną dziedziną handlu, lub nawet zgoła obcych handlowi nęcą do przygodnego zakupu towarów powszedniego użytku, w celu spekulacyjnej ich odprzedaży innym aferzystom. Tym sposobem wydłuża się nadmiernie łańcuch ogniw handlowego obrotu, bo między kupców i pośredników, spełniających właściwe handlowi zadanie zbliżenia towaru do odbiorców — przez dostarczenie go bądź głównemu dostawcy, bądź kupcowi detalicznemu, bądź samemu spożywcy, uciekają się spekulanci, polujący na zysk doraźny, osiągany z różnicy cen. Tak powstaje łańcuch kolejnych odprzedaży towaru po cenach coraz to wyższych, przytem towar odciąga się od rynkowego obrotu, jeszcze bardziej się zmniejsza nikła i tak jego podaż, i podnosi się jego cena.

3. Podejmując walkę karną z powyższym niezdrowym i dla normalnego obrotu towarów wielce szkodliwym objawem wciskania się do handlu licznej rzeszy spekulujących pośredników, prawodawca, wśród całego szeregu różnorodnych postaci lichwy wojennej, wskazanych w pierwszych pięciu ustępach art. 24 (niszczenie albo uniezdatnienie środków żywności lub przedmiotów powszedniego użytku w celu podniesienia ich cen, gromadzenie lub ukrywanie takich przedmiotów albo ograniczenie ich wyrobu lub handlu niemi, w celu wywołania zwyżki cen, lub osiągnięcia nadmiernego zysku), w ust. 4 tego artykułu wyodrębnił w tej mierze handel łańcuchowy (paskowy), zwany pospolicie „paskarstwem", nie podając atoli żadnego określenia tego swoistego przestępstwa i nie wymieniając jego znamion. Jak widać z motywów do projektu ustawy z d. 2 lipca r. 1920 o lichwie wojennej (Dzien. Urz. Min. Spr. № 11/12 r. 1921), ustawa ta chciała pozostawić sędziemu wolną rękę przy ściganiu tego zwyrodnienia stosunków handlowych, mając na względzie, że handel łańcuchowy przybiera tak różnorodne i tak odrębne postacie, jak różnorodne jest samo życie, i że tem samem nie daje się ująć w ramy ścisłej definicji. W tym stanie rzeczy, przy ustaleniu istoty przestępstwa z ust. 4 art. 24, jedyną dla sądów nicią przewodnią jest życiowe pojęcie handlu łańcuchowego, poparte ogólnemi zasadami wykładni i stosowania prawa karnego.

4. Jak widać z motywów projektu ustawy o zwalczaniu lichwy wojennej, pierwotny jej projekt przewidywał w art. 18 przestępstwo wykupywania przedmiotów powszedniego użytku od drobnych przekupniów i temu wykroczeniu przeciwstawił w art. 24 zbrodnię handlu paskowego. Że zaś odpowiedzialność za zbrodnie zachodzi jedynie w wypadkach winy umyślnej (art. 48 K. K.), przeto przeciwstawienie powyższe wykazuje, że niekażde wykupywanie przedmiotów powszedniego użytku podpadać ma, w myśl projektu, pod art. 24 ustawy lipcowej 1920, że owszem, w przeciwstawieniu do wykroczenia z art. 18, zbrodnią przewidzianą w ust. 4 art. 24, jest jedynie świadome przybranie na się roli zbędnego spekulacyjnego ogniwa w łańcuchu handlu paskowego. Aczkolwiek zaś art. 18 projektu ustawy uległ następnie zmianie, przybierając cechę szczególnego wykroczenia przeciwko przepisom targowym, to przecież zmiana ta pozostała bez wpływu na istotę zbrodni, zagrożonej w ust. 4 art. 24.

5. Z powyższego wynika, że do czynników przedmiotowych istoty czynu handlu paskowego należy przedewszystkiem zupełna zbędność, z punktu widzenia gospodarstwa społecznego, danej tranzakcji dla normalnego obrotu handlowego, t. j. ustalenie, że tranzakcja ta nie zbliża towaru do jego przeznaczenia, a więc do konsumentów, lecz przeciwnie, że go od rynku o d d a l a, że nie była ona zatem naturalnem ogniwem obrotu towarem, lecz przeciwnie była przegrodą, przedzielającą towar od spożywcy

i zmniejszającą jego podaż na rynku. Przy ustaleniu tej zasadniczej cechy przedmiotowej handlu łańcuchowego nie można się jednak kierować jakąś idealną lub teoretyczną miarą co do liczby koniecznych pośredników dla normalnego obrotu handlowego. Prawodawstwo polskie nie zna takiego unormowania handlu, któreby ilościowo ograniczało pośrednictwo, a i Ustawa o walce z lichwą ma jedynie na celu ściganie wciskania się do handlu przedmiotami powszedniego użytku zbędnego pośrednictwa spekulacyjnego. To też, przy ustaleniu wyżej opisanej zasadniczej cechy przestępstwa handlu łańcuchowego, jedyną podstawą mogą być normalne stosunki życiowe, które się w danej dziedzinie handlu ułożyły, i na których tle handel łańcuchowy występuje, jako szereg zbędnych i anormalnych tranzakcji, odciągających towar od zwykłego obiegu.

6. Podmiotowym czynnikiem omawianego przestępstwa jest dążenie do osiągnięcia zysku spekulacyjnego. Może to być nawet sam przez się zysk nienadmierny, ile że osiąganie nadmiernego zysku stanowi zbrodnię osobną, przewidzianą w art. 19 ustawy o lichwie wojennej. Nie potrzeba również, iżby to był zysk, zdobyty w szczególności gromadzeniem lub ukrywaniem zakupionych przedmiotów, bo to również stanowi zbrodnię odrębną, przewidzianą w ust. 2 art. 24 tejże ustawy, a przy handlu paskowym możliwe jest nawet dalsze odręczne odprzedanie towaru, ale bądź co bądź cechą tranzakcji, ściganych w myśl ustępu 4 art. 24, musi być cel zysku, i to zysku przygodnego, spekulacyjnego, osiągniętego przez dalszą odprzedaż towaru. Nie będzie zatem handlem łańcuchowym np. przyjęcie przez wierzyciela od niewypłacalnego dłużnika spłaty długu w towarze, chociażby to były artykuły powszedniej potrzeby, brak bowiem w takiej tranzakcji celu osiągnięcia spekulacyjnego zysku.

7. Łańcuch handlu paskowego otwiera sprzedający przedmioty powszedniej potrzeby - spekulantowi, zamyka zaś go zwracający te przedmioty do właściwego normalnego obrotu. Już sam zatem wytwórca, o ile świadomie sprzedaje przedmioty powszedniego użytku na pasek, staje się winnym handlu łańcuchowego, on to bowiem łancuch otwiera. Każdy następny nabywca towaru, i każdy jego sprzedawca dalszym spekulantom popełnia toż samo przestępstwo, staje się bowiem ogniwem paska. Natomiast wolna jest od takiej winy osoba, kupująca towar od paskarza, ale odstępująca go normalnemu dla danej dziedziny handlu odbiorcy (np. spożywcy, detaliście, przetwórcy), ona bowiem przez swoją tranzakcję urywa łańcuch handlu paskowego i zwraca towar do normalnego obrotu. Jeśli zaś czyni to z nadmiernym dla siebie zyskiem, odpowie z art. 19 ustawy 449/20, ale pod jej ust. 4 art. 24 nie podpada.

8. Ustawa o walce z lichwą wkłada na każdego posiadacza przedmiotów powszedniego użytku obowiązek rozrządzenia się niemi ku największemu pożytkowi społeczeństwa i, zakazując zbywać je w sposób, który przynosi szkodę społeczeństwu, poniekąd ogranicza swobodę rozporządzania niemi. Prawodawca uważał, że w okresie wojennym lub powojennym na posiadaczach przedmiotów codziennego użytku ciążą szczególne obowiązki, będące z ich strony, wobec wielkich ofiar, jakich wojna wymaga, ofiarą drobną a niezbędną, i dla tego niewykonanie tych obowiązków surową zagroził karą. Takie mają podłoże i znaczenie zakazy niszczenia środków żywności i innych przedmiotów powszedniego użytku, pobierania za nie cen wygórowanych, gromadzenia ich w celu wywołania zwyżki cen, przedsiębrania innych nieuczciwych machinacji, wywołujących taką zwyżkę, a wreszcie i sprzedawania ich na pasek. Właściciel przedmiotów powszedniej potrzeby, powinien przeto baczyć, komu je sprzedaje, by nie przyczynić się do handlu paskowego przez świadomą sprzedaż tego towaru spekulantom paskowym.

9. Z powyższego wynika, że przy ustaleniu cech przestępstwa hadlu łańcuchowego na pierwszy plan wysuwa się osoba nabywcy. Dla ustalenia

cech tego przestępstwa, zadaniem Sądu jest tedy przedewszystkiem każdorazowe ustalić, że nabywca kupił dane przedmioty nie w celu normalnego obrotu, a więc nie dla dostarczenia ich spożywcy, przetwórcy, detaliście i t. p., lecz w celu szczególnego niemi spekulowania; odpowiedzialność zaś sprzedawcy polegać będzie na świadomem sprzedaniu przedmiotów powszedniego użytku takiemu spekulantowi.

10. Na skutek tego w sprawie niniejszej Sąd Okręgowy, o ile miał był do czynu oskarżonych zastosować cz. 2 ust. 4 art. 24 Ustawy z dn. 2 lipca 1920 r., powinien był ustalić, że Kowalski, nabywając od Tyburskiego i Witkowskiego dwie świnie, uczynił to nie w celu dostarczenia ich zwykłym swym odbiorcom (rzeźnikom, spożywcom i t. p.), których, jako handlujący bydłem, był zwykłym dostawcą, lecz dla dalszej spekulacyjnej odprzedaży. Co zaś do Tyburskiego i Witkowskiego, o ich winie z ust. 4 art. 24 rozstrzygałoby ustalenie, że owe dwie świnie sprzedali Kowalskiemu ze świadomością, iż nabywa je na pasek, lub że sami nabyli je, nie w celu sprzedaży swym zwykłym odbiorcom (rzeźnikom, spożywcom i t. p.), lecz w pogoni za spekulacyjnym zyskiem poza normalnym trybem handlowego obrotu.

11. Nie ustaliwszy w danym razie powyższych cech przestępstwa handlu łańcuchowego i mimo to skazując oskarżonych z ust. 4 art. 24 ustawy poz. 149 z d. 2 lipca r. 1920, Sąd Okręgowy dopuścił się istotnej obrazy ust. 4 art. 24 tejże ustawy i art. 48 K. K., a uchybienie to pozbawia wyrok zaskarżony mocy orzeczenia sądowego.

Tłoczono w Drukarni Państwowej z polecenia Ministra Sprawiedliwości. № 14165.

Cena 100 marek.